



INSTITUTES

DE

DROIT COMMERCIAL

FRANÇAIS.

II.

ADRIEN ÉGRON, IMPRIMEUR,
DE SON ALTESSE ROYALE M^GNEUR DUC D'ANGOULÊME,
rue des Noyers, n. 37.

INSTITUTES
DE
DROIT COMMERCIAL
FRANÇAIS,

AVEC DES NOTES EXPLICATIVES DU TEXTE,

DANS LESQUELLES ON EXAMINE
LES PRINCIPALES QUESTIONS QUI PEUVENT S'ÉLEVER
SUR LES MATIÈRES COMMERCIALES.

PAR M. DELVINCOURT,

MEMBRE DU CONSEIL ROYAL DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE, PROFESSEUR ET DOYEN
DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

SECONDE ÉDITION,

Revue et corrigée par l'auteur.

TOME SÉCOND.

PARIS,

DELESTRE-BOULAGE, LIBRAIRE DE L'ECOLE DE DROIT,
rue des Mathurins St.-Jacques, n° 1.

1823.

NOTES SUR LES INSTITUTES DE DROIT COMMERCIAL FRANÇAIS.

LIVRE PREMIER.

Page 1.

(1) *Leur profession habituelle.* Remarquez bien ces mots. Un seul des actes réputés, par la loi, *actes de commerce*, soumet bien celui qui le fait à la juridiction des Tribunaux de Commerce, et à la contrainte par corps, pour tout ce qui est relatif à cet acte, mais ne le rend pas, pour cela, commerçant, et ne lui en donne, ni les droits ni les priviléges: il faut pour cela, qu'il fasse du commerce sa profession habituelle; et comme il n'y a que les commerçans qui puissent être constitués en état de faillite, on a jugé avec raison en cassation le 15 mai 1815 (*Sirey*, 1815; 1re. *partie*; *p.* 356), que celui qui a fait quelques actes de commerce, mais qui n'en fait pas sa profession habituelle, ne peut être constitué en état de faillite.

Page 2.

(1) Il ne suffit pas qu'il soit émancipé : il faut, en outre, qu'il ait dix-huit ans accomplis. Le mineur qui a père ou mère, peut être émancipé à quinze ans (*C. C.*

(*art.* 477). Mais il ne pourrait toujours être commerçant qu'à dix-huit ans. Anciennement il falloit vingt ans dans les villes où il y avoit maîtrise. Dans les autres, à tout âge le mineur étoit réputé majeur, par cela seul qu'il étoit commerçant. On exige actuellement une autorisation spéciale; ce qui est beaucoup plus raisonnable.

(2) Soit expressément, par déclaration de ses père ou mère, ou du conseil de famille (*C. C. art.* 477 *et* 478), soit tacitement, par le mariage. (*Ibid. art.* 476).

(3) Ainsi, quoiqu'âgé de dix-huit ans et émancipé, il doit encore être autorisé spécialement à faire le commerce. En effet, la capacité du mineur commerçant est bien plus étendue que celle du mineur simplement émancipé. Celui-ci ne peut disposer que de ses revenus : il ne peut toucher, même ses capitaux mobiliers, qu'avec l'assistance d'un curateur qui doit veiller au remploi : il ne peut emprunter sans l'autorisation du conseil de famille, etc. : l'autre peut, seul, même hypothéquer ses immeubles. Les engagemens de l'émancipé, causés pour achats, peuvent être réduits : ceux du commerçant ne peuvent l'être que comme le seroient ceux d'un majeur. Le mineur commerçant peut se soumettre à la contrainte par corps, et il y est effectivement soumis pour tous les faits de son commerce : l'émancipé ne peut y être soumis, quand il feroit des actes de commerce, et même des lettres de change. (*Art* 114). Il suit de là, que les père, mère, ou le conseil de famille ont pu consentir à l'émancipation du mineur, sans qu'on doive en conclure qu'ils ont voulu pour cela l'autoriser à faire le commerce.

(4) *A défaut du père :* cela ne veut pas dire, *si le père ne veut pas l'autoriser* ; car alors personne n'a le droit d'accorder l'autorisation : mais *si le père est mort, ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté*, par exemple ; *s'il est absent ou interdit.*

(5) *Enregistré et affiché.* Ainsi tous les actes, même commerciaux, qu'il feroit avant l'enregistrement ou l'affiche, seroient regardés comme faits par un mineur non commerçant, et réglés par les dispositions du Code Civil.

Page 3.

(1) *Est réputé majeur.* Ainsi le seul effet du défaut de formalités, c'est qu'il n'est pas réputé majeur. Néanmoins, s'il est émancipé, il peut valablement faire tous les actes qui sont permis au mineur émancipé.

(2) *De son commerce*, ou de l'art dont il fait profession. Jousse, sur l'article 6 du titre I de l'Ordonnance de 1673, pense en effet, avec raison, que cette disposition s'applique également à l'artisan. L'ordonnance disoit, *pour le fait de leur commerce*; d'où l'on concluoit que, quoique l'engagement fût pour fait de commerce, s'il s'agissoit d'un commerce étranger à celui du mineur, il pouvoit, en cas de lésion, se faire restituer; comme si, par exemple, il avoit cautionné un marchand, même pour marchandises, et que le fait pour lequel le cautionnement avoit eu lieu, n'eût aucun rapport au commerce du mineur. Notre article dit, en général, pour *faits de commerce*. Doit-on en conclure que l'on a voulu rejeter l'ancienne distinction? Je ne le pense pas; et je me fonde sur ce qu'elle est formellement consacrée à l'égard de la femme mariée, par l'art. 5, qui porte que la femme marchande publique peut s'obliger sans l'autorisation de son mari, pour tout ce qui concerne *son négoce*. Il n'y a aucune raison de penser qu'on ait voulu établir une disposition différente à l'égard du mineur. Cette opinion est aussi celle de M. Locré, dans son ovrage intitulé *Esprit du Code de Commerce*.

(3) *Hypothéquer ses immeubles* : et cela sans au-

torisation du conseil de famille. Elle n'est requise que pour l'aliénation. Mais, si la vente d'un de ses immeubles est poursuivie par expropriation forcée, le poursuivant devra-t-il se conformer à l'art. 2206 du Code Civil, qui exige que le mobilier des mineurs soit discuté avant l'expropriation de leurs immeubles? Je ne le pense pas, si toutefois le poursuivant est créancier pour raison du commerce du mineur. L'article 2206 ne s'applique qu'au mineur, et le mineur commerçant est réputé majeur pour tous les faits relatifs à son commerce.

M. Locré pense, sur cet article, que le mineur commerçant ne pouvant s'engager que pour fait de son commerce, l'hypothèque consentie par lui n'est valable qu'à la charge par le créancier de prouver qu'elle a eu lieu pour fait de commerce. Je ne suis pas de cet avis. L'art. 638, alinéa 1.er, décide qu'en général, tout engagement d'un commerçant est présumé fait pour son commerce; d'où il résulte que, dans le doute, c'est à celui qui prétend le contraire, à le prouver.

(4) C'est-à-dire que, quoique le mineur ne fasse pas sa profession habituelle du commerce, cependant, si toutes les formalités requises ont été remplies, et qu'il vienne à faire un seul acte de commerce, il sera réputé majeur pour cet acte, et soumis, en conséquence, à la juridiction commerciale et à la contrainte par corps, pour tout ce qui y est relatif.

(5) Il faut donc qu'elle soit marchande, c'est-à-dire, faisant sa profession habituelle du commerce. Ces dispositions ne seroient donc pas applicables à la femme qui ne feroit qu'un acte de commerce isolé.

(6) *Voyez* les articles 234, 235 et 236 de la Coutume de Paris; 215 et 220 du Code Civil.

Page 4.

(1) Ce consentement doit-il être exprès? Je ne le pense pas. La loi exige pour le mineur l'autorisation qui est toujours expresse; elle n'exige, pour la femme, que le consentement, qui peut n'être que tacite; et je pense qu'il suffit effectivement que le mari connoisse l'état que sa femme a embrassé, et qu'il ne s'y oppose pas. Tel paroît avoir été aussi sur ce point, l'avis du Conseil d'état; et jugé dans ce sens en cassation le 14 novembre 1820, (*Sirey*, 1821; 1re. *p. p.* 312). *Quid*, si la femme est mineure? Je pense qu'il faut alors l'autorisation expresse; que cette autorisation soit enregistrée et affichée comme il est dit en l'art. 2; et que la femme ait en outre 18 ans accomplis.

(2) *Quid*, si la femme, ne faisant pas un commerce séparé, signe néanmoins des effets de commerce? Je pense avec Pothier, qu'il faudroit distinguer: si elle est dans l'habitude de signer les actes du commerce de son mari: alors, comme nous venons de le dire, les effets signés par elle valent, *propter bonam fidem*, et obligent le mari, ainsi que la femme, à moins qu'elle n'ait signé pour et au nom de son mari, auquel cas, le mari est seul obligé. (On a cependant jugé contre cette doctrine, à Bruxelles, le 27 février 1809, et annullé des effets de commerce souscrits par une femme, qui, de notoriété publique, achetoit, débitoit, et signoit pour le commerce de son mari. Mais la cour de cassation a jugé dans notre sens le 25 janvier 1821, (*Sirey*, 1821; 1re. *p. p.* 177). Mais si elle n'est pas dans l'usage de signer les effets de commerce de son mari, l'acte est nul, à moins qu'il ne contienne l'autorisation de ce dernier, ou que le mari n'ait concouru à l'acte, (*C. C. art.* 217); auxquels cas, s'il y a communauté, ils sont obligés tous deux. (*Ibid. art.* 1419). Mais il n'y aura contrainte par corps que contre le mari,

parce qu'elle ne peut avoir lieu contre les femmes, que quand elles sont marchandes publiques, (*art.* 113), et que, dans notre hypothèse, elle ne l'est pas.

Observez au surplus que l'acte passé par la femme non autorisée, dans les cas où l'autorisation est requise, n'est pas nul de droit, mais que la nullité ne peut être demandée que par le mari, la femme ou leurs héritiers. (*C. C. art.* 1125).

(3) *Sans autorisation*, spéciale. Le mari, en consentant à ce qu'elle fasse le commerce, est présumé l'avoir autorisée généralement à faire tout ce qui est nécessaire pour le succès du commerce.

(4) *Quid*, à l'égard des simples billets pour argent prêté? Quand ils sont faits par un commerçant, ils sont toujours, jusqu'à preuve contraire, présumés faits pour le négoce. (*Art* 638).

(5) Il peut paroître étonnant que la femme seule oblige le mari, même à son insu. Mais que l'on fasse attention qu'il s'agit du cas où les époux sont communs en biens; que tous les gains commerciaux font partie de la communauté; que cette communauté est entièrement dans les mains du mari, qui peut en disposer comme il lui plaît. Il seroit donc contre toute justice qu'il retirât l'émolument, et qu'il ne fût pas tenu des charges. En un mot, dans cette circonstance, le mari est censé l'associé de sa femme; et comme tel, je pense avec Pothier et Savary, qu'il est même contraignable par corps.

Quid, s'ils ne sont pas communs? Je pense qu'il faut distinguer s'ils sont séparés de biens, ou si la femme a des paraphernaux : comme tout ce qu'elle gagne alors pendant le mariage, lui appartient en propre, que son mari n'y a aucun droit, il n'est pas juste qu'il soit tenu des engagemens. Mais s'il y a simplement exclusion de communauté, comme tout appartient au

mari, je crois qu'il doit être tenu, comme dans le cas où il y a communauté.

(6) *Hypothéquer et aliéner ses immeubles.* Ceci est une dérogation formelle aux art. 223 et 1538 du Code Civil, qui ne permettent pas au mari de donner à sa femme, même par contrat de mariage, une autorisation générale pour l'aliénation de ses immeubles.

Remarquez que la loi ne dit pas que l'aliénation ne doit avoir lieu que pour le fait du commerce; d'où il faut conclure que, sauf le cas de fraude constatée de la part de l'acquéreur, toute aliénation est valable.

(7) *Hypothéqué ni aliéné.* Autrement, c'eût été changer les conventions matrimoniales; ce qui ne peut avoir lieu après le mariage. (*C. C. art.* 1395). Les deux familles, en choisissant le régime dotal, ont voulu que l'immeuble constitué en dot ne pût être aliéné, même avec l'autorisation spéciale du mari. (*Ibid. art.* 1554). Il ne faut pas qu'avec une simple autorisation générale, et qui pourroit même être simulée, de faire le commerce, l'aliénation puisse avoir lieu. Mais il faut observer cependant, que, si l'immeuble dotal n'est pas directement aliénable, il l'est au moins indirectement; car si la femme est marchande publique, et que l'on exerce contre elle la contrainte par corps, l'immeuble peut être aliéné avec certaines formalités pour la tirer de prison (*C. C. art.* 1558); mais il y a cependant cette différence que, dans ce cas même, la femme peut bien aliéner, mais elle ne peut être expropriée.

(8) Mais remarquez que la capacité de la femme est toujours subordonnée à l'âge requis pour que le mineur puisse être commerçant. Ainsi, une femme qui n'a pas 18 ans, ne peut être marchande publique, même avec le consentement de son mari.

(9) Pourroit-elle faire un protêt, sans autorisation ? Je pense qu'oui. *Ester en jugement*, signifie faire un acte qui mène à un jugement. Le protêt n'est pas un de ces actes, puisqu'il faut, en outre, la demande afin de paiement. (*Art.* 165). Et d'ailleurs, le motif principal qui a déterminé le législateur à permettre que la femme marchande publique pût s'obliger sans autorisation, a été que les opérations de commerce exigent le plus souvent une célérité incompatible avec la nécessité de l'autorisation. Or, ce motif s'applique bien plus fortement encore au protêt, qui est un acte fatal, qui ne peut être fait que dans un délai fort court, et également fatal.

Page 5.

(1) *Voyez* l'Ordonnance de 1673, titre VIII.

(2) Il suffit que l'un des deux soit commerçant, soit le mari, soit la femme.

(3) Et sous quelque régime qu'ils se marient. Autrefois l'ordonnance n'exigeoit la publication et l'affiche, que des contrats de mariage contenant des clauses dérogatoires au régime de la communauté. Mais aussi elle l'exigeoit à peine de nullité, c'est-à-dire qu'à défaut de ces formalités, la femme, dans les pays où la communauté étoit de droit, étoit toujours censée commune à l'égard des créanciers du mari, nonobstant toute clause contraire.

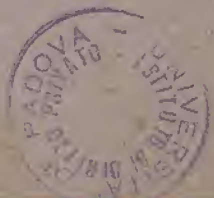
(4) On ne voit pas trop pourquoi on requiert la publication et l'affiche, lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté. Ce régime étant le plus favorable aux créanciers du mari, qui peuvent alors saisir sur lui tous les biens faisant partie de la communauté, il semble qu'il eût suffi d'exiger ces formalités, seulement pour les clauses exclusives de communauté, telles que celle de séparation contractuelle, ou le régime

dotal. D'ailleurs, le régime de la communauté étant de droit, il en résulte que les époux qui n'ont pas de contrat de mariage, y sont soumis. Or, ils ne peuvent bien certainement être astreints à l'affiche d'un acte qui n'existe pas.

(5) L'extrait doit-il énoncer la constitution de dot? La proposition en avoit d'abord été faite; mais elle fut rejetée ensuite sur la demande du Tribunat. Et en effet, cela seroit à peu près inutile sous le régime de la communauté. Sous ce régime, tous les biens de la femme sont dotaux. Il en résulte que la dot peut s'augmenter souvent, et même considérablement pendant le mariage, par les successions échues à la femme, ou les donations qui lui sont faites. Il faudroit donc faire une nouvelle affiche pour chaque augmentation. Autrement, ce seroit s'exposer à tromper les tiers qui ne verroient dans le contrat, qu'une constitution de dot très-foible, et qui n'auroient aucune connoissance de l'augmentation que cette même dot a pu éprouver. Or, on sent qu'un pareil renouvellement d'affiche seroit à peu près impossible, et même le plus souvent inutile. La même observation s'appliqueroit au régime dotal, dans le cas, par exemple, où la femme se seroit constitué en dot ses biens à venir.

(6) On peut être surpris que le code se soit contenté de prononcer une peine contre le notaire, et qu'il ne l'ait pas étendue aux époux. Peut-être a-t-on pensé que ceux-ci pouvoient ignorer la loi, et que d'ailleurs il valoit mieux charger spécialement de l'exécution, une personne qui n'eût aucun intérêt à l'enfreindre.

(7) On a augmenté la peine en cas de collusion, parce qu'autrement, il eût été facile aux époux qui auroient intérêt à ce que l'affiche n'eût pas lieu, d'indemniser le notaire de l'amende. Mais il semble que l'on eût dû, au moins dans ce cas, faire porter également la peine sur les époux, en déclarant nulles, à leur égard,



les clauses du contrat de mariage qui pourroient être préjudiciables aux créanciers.

Nota. Une décision du Ministre des Finances, du 27 juin 1809, porte, qu'il doit être passé acte de ces sortes de dépôts, lequel est assujéti au droit fixe de 2 francs, conformément à l'article 68 de la loi du 22 frimaire an 7, et aux droits de rédaction et de transcription suivant l'art. 1er. du décret du 12 juillet 1808; lesquels droits doivent tous être avancés par le notaire, sauf son recours contre les parties.

(8) *Tout époux*, soit le mari, soit la femme.

(9) *Par contrat de mariage.* Si la séparation est judiciaire, elle a dû être publiée, conformément à l'article 1445 du Code Civil, et aux articles 866 et suivans du Code de Procédure. Il en est de même du jugement de séparation de corps, puisqu'il emporte séparation de biens. (*Cod. Civil. art.* 311).

Page 6.

(1) *Ou marié sous le régime dotal.* Par conséquent, cette disposition n'est pas applicable aux époux mariés sous le régime de la communauté; ce qui confirme l'observation contenue dans la note (4) de la page précédente.

(2) *Est tenu.* Ici l'on impose l'obligation aux époux. On ne pouvoit l'imposer au notaire, puisque l'époux n'étoit pas commerçant au moment du contrat.

(3) *Voyez* les articles 1445 du Code Civil, et 865 et suivans du Code de Procédure.

(4) *Toute liquidation qui en auroit été la suite.* Mais il n'en résulte pas la présomption de banqueroute frauduleuse, comme dans le cas de l'art. 69. *Sic* jugé en cassation, le 9 septembre 1813. (Sirey, 1813, 1re partie, page 467.)

Page 7.

(1) *Voyez* l'Ordonnance de 1673, titre III.

(2) *Tout commerçant*; c'est-à-dire, tout individu qui fait habituellement quelques-uns des actes réputés actes de commerce : ce qui ne s'applique pas à celui qui n'en fait que passagèrement, quoiqu'à raison de ces actes, il soit justiciable du Tribunal de Commerce.

Observez qu'aux termes de l'article 411 du Code Pénal, ceux qui, tenant une maison de prêt autorisée, n'ont pas un registre conforme aux règlemens, et contenant de suite, sans aucun blanc ni interligne, les sommes ou les objets prêtés, les noms, domiciles, et professions des emprunteurs, la nature, la qualité et la valeur des objets mis en nantissement, sont punis d'un emprisonnement de 15 jours au moins, de trois mois au plus, et d'une amende de 100 fr. à 2000 fr.

(3) Et en outre, le commerçant qui a ses livres en règle, a, en sa faveur, une présomption de bonne foi, que n'a pas celui qui ne présente pas de livres, ou qui n'en présente que d'irréguliers. (*Argument tiré des art.* 12 et 13).

(4) *Indispensablement requis ;* parce qu'il est plusieurs autres livres que toute maison de commerce bien ordonnée doit nécessairement tenir, tels que le livre de raison, celui de caisse, etc. ; mais ces livres ne peuvent jamais suppléer ceux qui sont requis par la loi.

Le livre de raison, ou grand livre, est celui qui contient les comptes courans ouverts à chaque personne avec laquelle le commerçant négocie. On porte d'un côté les fournitures faites à la personne, et de l'autre, les paiemens faits par elle : et l'on a soin de rappeler, à chaque article de fourniture ou de paiement, le numéro du journal où l'article est rapporté.

Le livre de caisse est celui où l'on porte, d'un côté, tout ce que l'on reçoit, et de l'autre, tout ce que l'on paie.

Il y a encore le carnet, qui contient toutes les dettes passives, par ordre d'échéances; le livre des ventes à crédit, etc.

(5) On entend *par dettes actives*, ou simplement *actif* d'un commerçant, ce qui lui est dû; et *par dettes passives*, ou simplement *passif*, ce qui est dû par lui.

(6) *Ou endossemens d'effets.* Cette disposition est nouvelle: l'ordonnance n'exigeoit pas que le livre journal fît mention des endossemens. Au surplus, la précaution est bonne: les endossemens peuvent former une grande partie du passif d'un failli.

(7) *A quelque titre que ce soit*, même étranger à son commerce. Si donc il vend une maison, et qu'il en reçoive le prix, il doit le porter en recette dans son journal. S'il en achete une autre, il doit y porter en dépense le prix d'achat. Il doit y porter également la dot de sa femme, s'il vient à se marier, etc.

(8) *A la dépense de sa maison*, en gros, et non en détail. Ainsi il dira: *pris tant en janvier pour la dépense de ma maison: en février, tant*, etc.

Page 8.

(1) La précaution de faire porter les inventaires sur un registre particulier, est très-utile. Ce registre étant coté, paraphé, et devant être tenu sans aucun blanc, il est presqu'impossible de l'altérer pour échapper aux dispositions des articles 586 et 594. L'ordonnance exigeoit bien l'inventaire, mais non le registre: d'où il arrivoit que le commerçant de mauvaise foi pouvoit, dans la prévoyance d'une faillite prochaine, refaire les inven-

taires de plusieurs années précédentes, et dérober par-là à ses créanciers la connoissance des véritables causes de sa faillite.

(2) *Les copies des lettres qu'il envoie.* Outre que le registre-copie est fort utile au commerçant lui-même, qui peut avoir besoin à chaque instant de savoir ce qu'il a écrit à tel ou tel individu, il peut être encore nécessaire pour la décision de plusieurs affaires devant les Tribunaux. Supposons, en effet, que Pierre demande contre Paul l'exécution d'un marché, sur l'existence duquel il y a des présomptions assez fortes: Paul soutient que le marché prétendu n'a pas eu lieu, et que cela est prouvé par les lettres qu'il a écrites à Pierre, et qu'il somme Pierre de représenter. Si Pierre ne représente pas la liasse de lettres qu'il doit avoir, et que Paul ait un registre-copie en règle qui justifie son assertion, il pourra être renvoyé de la demande.

(3) *Par le maire ou un adjoint.* L'article n'ajoute pas, *à défaut de Tribunal de Commerce*; d'où l'on peut conclure que, même dans les villes où il y a Tribunal de Commerce, on peut faire viser par un officier municipal. L'Ordonnance ne le permettoit que dans les villes où il n'y avoit pas de consuls : mais on a probablement pensé que, dans les grandes villes, les seuls visa et paraphe des registres absorberoient tout le temps des juges de commerce.

(4) *Le livre journal et celui des inventaires*, et non le registre-copie. En effet, on exige le paraphe et le visa pour empêcher les fraudes en cas de faillite. Mais il n'est pas probable que l'on altère le registre-copie, parce que l'on s'exposeroit à être démenti formellement, et à chaque instant, par les originaux des lettres qui se trouvent entre les mains de ceux à qui elles ont été écrites.

(5) *Une fois tous les ans* : c'est afin que le commerçant, prêt à faillir, ne fabrique pas dans un instant de nouveaux registres pour les années précédentes. Il auroit des registres cotés et paraphés en blanc, qu'il rempliroit, quand, et ainsi qu'il le voudroit.

(6) *Sans blancs, lacunes*; afin d'éviter les fraudes. On laisseroit des blancs ou lacunes, que l'on rempliroit, après coup, de ventes, d'achats, ou de paiemens qui n'auroient pas été faits.

(7) *Ni transports en marge*. Ainsi quand un marchand reçoit le paiement d'une marchandise qu'il a vendue à crédit, il ne doit pas faire mention du paiement sur son journal, en marge de l'article payé, mais il doit en faire un article séparé, qu'il écrit dans l'ordre de sa date. C'est ce qui rend, dans les maisons de commerce, le livre de raison, indispensable.

(8) *Pendant dix ans*. Cette mesure a encore pour but d'empêcher les faudes. Un failli supprimeroit les livres qui prouveroient sa fraude ou sa négligence, et qui l'exposeroient à être convaincu de banqueroute simple ou frauduleuse. Mais il ne faut pas conclure de cet article qu'il est inutle de les conserver après dix ans, et qu'on ne pourroit pas en faire usage après ce délai. Ainsi jugé à Rouen, le 10 novembre 1817. (Sirey, 1818, 2e p. p. 68).

(9) *La communication*. On entend par ce mot la remise des livres entre les mains d'un tiers qui peut alors en prendre une entière connoissance.

(10) *Ne peut être ordonnée*. On oblige bien le commerçant d'avoir des livres, par le moyen desquels il puisse, à chaque instant, justifier de sa situation, si la justice l'exige. Mais on ne veut pas que chacun puisse, sans de fortes raisons, pénétrer dans le secret de ses affaires.

(11) *Succession, communauté, société.* Le cohéritier, la femme commune en biens, et l'associé, ayant droit et intérêt de connoître à fond les affaires de la succession, etc., ont juste raison de demander communication pleine et entière des livres.

(12) *Et en cas de faillite.* C'est surtout pour ce cas que la communication des livres doit avoir lieu, afin que le failli puisse prouver à ses créanciers qu'il n'y a fraude, ni négligence de sa part; ou que, s'il y en a, les créanciers puissent le découvrir.

(13) *La représentation.* Lorsqu'il y a seulement lieu à la représentation des livres, le négociant auquel ils appartiennent, ne s'en dessaisit pas; seulement il les représente, afin qu'on puisse en extraire ce qui concerne le différend.

(14) *Peut être ordonnée.* Quand même un commerçant auroit un titre en sa faveur, il ne peut se dispenser de représenter ses livres, s'il en est requis, et que l'autre partie déclare qu'elle offre d'y ajouter foi. Un arrêt du parlement de Paris, du 22 juillet 1689, rapporté par JOUSSE, sur l'article 10 du Titre III de l'Ordonnance, et par SAVARY, Partie I, Livre IV, Ch. IV, a même jugé qu'un marchand, qui avoit pour titre une reconnoissance notariée, pouvoit être obligé, en outre, de représenter ses livres, pour justifier de la vérité de sa créance.

Page 9.

(1) *Le serment peut être déféré.* Cette disposition n'étoit pas dans l'Ordonnance. C'étoit l'avis de JOUSSE sur l'article 10, sauf que, suivant lui, le juge étoit tenu de déférer le serment; au lieu que, suivant notre article, il en a seulement la faculté. En général, on a laissé la

plus grande latitude aux juges de commerce, qui doivent toujours juger *ex æquo et bono.*

(2) *Les livres de commerce.* L'article dit, en général, *les livres de commerce.* Cela s'applique-t-il aux trois seules espèces de livres exigés impérieusement par la loi, ou bien, à tous les livres tenus ordinairement par les maisons de commerce. Ce qui pourroit faire pencher pour cette dernière opinion, c'est d'abord que dans l'article suivant, où le législateur n'a entendu parler que des livres exigés, il a dit formellement, *les livres que les individus faisant le commerce sont obligés de tenir*, au lieu que, dans notre article, il s'est contenté de dire, *les livres de commerce.*

En second lieu, dans l'article 13, le législateur parle du défaut de formalités, ce qui ne peut s'appliquer qu'aux livres exigés par la loi; au lieu que, dans l'article 12, il dit, *les livres régulièrement tenus*, ce qui peut s'appliquer à toutes sortes de livres.

On pourroit cependant répondre à ces deux raisons, que tous les autres livres tenus par les maisons de commerce, tels que le livre de raison, celui de caisse, etc., ne sont que des extraits du livre journal; qu'ils n'ont d'autre but que de présenter en ordre, des objets qui sont mêlés et confondus dans le livre journal; et que, par conséquent, ce dernier devant contenir tous les élémens dont les autres sont composés, il est le seul qui doive faire foi en justice.

Je pense, en dernière analyse, que le législateur n'ayant voulu, comme je viens de le dire, prescrire aucune règle de rigueur aux Tribunaux de Commerce, relativement à la preuve, ils peuvent, suivant qu'ils le jugent convenable, admettre celle qui résulte, soit des livres exigés par la loi, soit de tous autres régulièrement tenus.

(3) *Régulièrement tenus*, c'est-à-dire par ordre de dates, sans blancs, lacunes, ni transports en marge.

(4) *Ils peuvent:* ce qui sembleroit indiquer que cela est facultatif, et que les juges pourroient décider qu'ils ne font pas preuve, même entre marchands, tandis que le contraire paroît résulter de l'article 1330 du Code Civil. On peut d'abord répéter ce que nous avons déjà dit, que, lorsqu'il s'agit de la découverte de la vérité, l'on n'a pas voulu donner aux Tribunaux de Commerce de règle invariable. D'ailleurs, l'article cité du Code Civil dit que les livres des marchands font preuve contre eux, ce qui est impératif et devoit l'être. Mais notre article dit qu'ils peuvent faire preuve entre eux, c'est-à-dire, non-seulement contre le marchand qui les représente, mais encore en sa faveur; ce qui devoit nécessairement être facultatif.

(5) *Entre commerçans.* Ainsi il ne suffiroit pas qu'il s'agît d'un fait de commerce; il faut encore que les deux parties fassent profession habituelle du commerce. (*C. C. art.* 1329). Mais ils font preuve en faveur du non commerçant, contre le commerçant qui les a tenus. (*Même Code, art.* 1330).

(6) *Et pour faits de commerce.* Ainsi il ne suffit pas que la contestation soit entre deux commerçans. Il faut encore qu'il s'agisse d'un fait de commerce. Si donc un négociant a vendu une maison, ou un fonds de terre, à un autre négociant, les livres ne feront preuve de part ni d'autre. Il faut en outre qu'il s'agisse d'un fait du commerce de celui à qui on les oppose. Ainsi, un marchand d'étoffes ne pourroit présenter ses livres, pour preuve d'une fourniture d'étoffes faite à un marchand de vin pour son habillement et celui de sa famille, ou *vice versâ.* Le marchand qui achète des étoffes pour son usage, et le marchand d'étoffes qui achète du vin pour sa consommation, n'agissent pas, en cela, comme commerçans, mais comme simples particuliers.

Quid si, une dette étant avouée, le débiteur présente, pour preuve de libération, la mention du paie-

ment, faite sur ses livres? SAVARY, Parère 31, décide que, dans ce cas, le débiteur peut sommer le créancier de représenter ses livres, et qu'à défaut de cette représentation, le livre du débiteur doit faire foi. Je crois cette décision juste et admissible dans notre droit, sauf peut-être aux juges à déférer au débiteur le serment supplétoire, conformément à l'article 17. Mais *quid*, si le créancier représente ses livres, et qu'il n'y soit pas fait mention du paiement? Je pense que, dans ce cas, les juges peuvent et doivent se décider d'après les circonstances; mais que, toutes choses égales, les parties rentrent dans le droit commun, d'après lequel nul ne peut se faire un titre à lui-même. Le débiteur, en payant, pouvoit exiger une quittance, une facture acquittée; ou enfin, il pouvoit faire mentionner le paiement sur le livre du créancier.

(7) *Ni faire foi à leur profit.* Mais ils feront foi contre eux.

Page 10.

(1) *Voyez* l'Ordonnance du Commerce, Tit. IV.

Page 11.

(1) *Consensuel.* Tous les contrats sont consensuels, dans le sens qu'il n'y a pas de contrat sans consentement. Mais ceux que l'on appelle particulièrement *consensuels*, sont ceux qui sont parfaits par le seul consentement, tels que *la vente*, *la société*, etc., à la différence des contrats appelés *réels*, qui exigent bien aussi le consentement des parties, mais qui ne sont parfaits que par la tradition de la chose qui en est l'objet, comme *le prêt*, *le dépôt*, etc.

(2) *A titre onéreux.* Le contrat à titre onéreux est celui qui se fait pour l'intérêt et l'utilité réciproque des

deux parties contractantes, comme *la vente*, *le louage*, etc. Il est opposé au contrat de bienfaisance, qui n'a pour but que l'utilité de l'un des contractans, comme *le dépôt*, *le prêt à usage*, etc. Il est évident que la société est un contrat à titre onéreux.

(3) *Commutatif.* Un contrat est commutatif, quand chacune des parties est censée recevoir l'équivalent effectif de ce qu'elle donne. Ainsi, dans la vente, le prix est censé l'équivalent de la chose vendue. Quand cet équivalent consiste dans une chance à courir par l'un des contractans, le contrat devient *commutatif aléatoire*. Tels sont *le prêt à la grosse*, *le contrat d'assurance*, etc.

(4) *Et synallagmatique parfait.* Le contrat *synallagmatique*, en général, ou *bilatéral*, est celui duquel résulte, ou peut résulter une action en faveur de chacun des contractans. Ainsi, dans la vente, l'acquéreur a action contre le vendeur pour le forcer de livrer la chose vendue ; et le vendeur a pareillement action contre l'acquéreur, pour le forcer de payer le prix. Dans le dépôt, le déposant a action contre le dépositaire pour le forcer de rendre le dépôt ; et, si le dépôt a occasionné quelques dépenses au dépositaire, il a une action contre le déposant, pour s'en faire rembourser. La contrat synallagmatique est opposé au contrat unilatéral, qui ne produit d'action qu'en faveur de l'un des contractans. Ainsi, dans *le prêt d'argent*, par exemple, le prêteur a bien une action contre l'emprunteur pour se faire restituer la somme prêtée ; mais dans aucun cas, l'emprunteur ne peut avoir d'action contre le prêteur.

Les contrats synallagmatiques se divisent en *synallagmatiques parfaits* et *synallagmatiques imparfaits.* Le contrat *synallagmatique parfait* est celui dans lequel l'action qui appartient à chacun des contractans, est également principale, et tient à l'essence du contrat: telles sont *la vente*, *la société*, etc. On



ne peut, en effet, concevoir de vente, qu'il n'y ait action en faveur de l'acquéreur contre le vendeur, pour le forcer de livrer, et en faveur du vendeur contre l'acquéreur, pour le forcer de payer. De même, on ne peut concevoir de contrat de société, qu'il n'y ait action en faveur d'un associé contre l'autre, et réciproquement. Le contrat *synallagmatique imparfait* est celui dans lequel l'action de l'une des parties est seule principale et essentielle au contrat, tandis que l'action de l'autre n'est qu'incidente et éventuelle, et peut, en conséquence, exister ou ne pas exister, sans que l'essence du contrat en soit altérée. Tels sont *le mandat*, *le dépôt*, etc. On ne peut concevoir, en effet, de dépôt, qu'il n'y ait action en faveur du déposant contre le dépositaire, pour le forcer de rendre le dépôt. Le dépositaire a bien aussi une action contre le déposant, pour le remboursement des dépenses occasionnées par le dépôt. Mais l'on sent que cette action est purement éventuelle, puisqu'il peut arriver très-aisément que le dépôt n'ait occasionné aucune dépense.

Au surplus, la division des contrats synallagmatiques en *parfaits* et *imparfaits*, est essentielle pour l'application de plusieurs articles du Code Civil, et notamment des articles 1184 et 1325 qui, malgré qu'ils paroissent faire mention en général des contrats *synallagmatiques*, ne s'appliquent cependant qu'aux contrats *synallagmatiques parfaits*.

(5) *Y apporte quelque chose.* Si donc un négociant convient avec une autre personne, qu'il l'intéressera pour moitié dans son commerce, sans que cette personne apporte rien au commerce, ni argent, ni industrie, ce n'est pas une société, c'est une donation: et comme c'est une donation de biens à venir, elle ne seroit valable qu'autant qu'elle seroit faite par le contrat de mariage du donataire. (*C. C. art.* 943, 1082, et 1084).

(6) *La simple industrie de l'associé.* On entend par là une industrie susceptible d'être employée pour l'objet de la société. Si donc une personne n'apportoit à la société que son crédit, sa protection, l'apport seroit nul. C'étoit l'avis de POTHIER, consacré dans les motifs de l'orateur du Conseil d'état sur le titre *de la Société*, du Code Civil.

(7) *Le contrat est nul*, c'est-à-dire, qu'il n'en résulte aucune action en faveur de l'un des associés contre l'autre : mais si un tiers a souffert un dommage quelconque, par suite de la société, il a, pour la réparation de ce dommage, une action solidaire contre tous et chacun des associés.

Page 12.

(1) *Telle part.* Pourroit-on stipuler une part inégale dans les bénéfices et dans les pertes; par exemple, que l'un aura les deux tiers du bénéfice, et supportera seulement le tiers de la perte, et que l'autre n'aura que le tiers du bénéfice, et supportera les deux tiers de la perte? Oui; l'article 1855 défend seulement de stipuler que l'un des associés aura tout le bénéfice, ou qu'il ne supportera rien dans la perte.

Mais remarquez qu'il ne faut pas entendre cette convention dans le sens que l'associé avantagé prendra les deux tiers dans toutes les affaires avantageuses, et ne contribuera que pour un tiers dans les affaires désavantageuses, clause que je ne crois pas permise. Il faut donc, pour exécuter celle dont il s'agit, compenser les pertes par les bénéfices: s'il reste quelque chose, l'associé avantagé en prendra les deux tiers; si, au contraire, la perte surpasse le bénéfice, il n'y contribuera que pour un tiers. Prenons pour exemple une société dans laquelle les bénéfices ont monté à 40,000 francs, et les pertes à 25,000. On commence par déduire les pertes; reste 15,000 francs de bénéfice, dont l'associé

avantagé aura 10,000 fr., et l'autre 5000. Si, au contraire, la perte a monté à 40,000 francs, et le bénéfice à 25,000, on fait également compensation : il reste 15,000 fr. de perte, dans lesquels l'associé avantagé ne contribue que pour 5000 fr. *Compensatione factâ, solùm quod superest, intelligitur lucro esse*, dit Justinien, *Instit.* Tit. *de Societate*, §. 2, *in fine*.

Page 13.

(1) *Toute convention.* Remarquez que c'est seulement la convention qui donne la totalité des bénéfices à l'un des associés, qui est nulle : la société est toujours valable ; et comme alors, au moyen de cette nullité, l'acte de société est censé ne contenir aucune stipulation relativement au partage des bénéfices et des pertes, on doit se conformer à l'art. 1853 ; et la part de chaque associé doit être déterminée en proportion de sa mise de fonds.

(2) *Est nulle*; quand même il seroit assujéti à la totalité des pertes. Il est clair que, dans ce cas, il n'y a plus d'intérêt commun ; ce qui est contre l'essence de la société.

(3) *Les sommes ou effets :* on peut conclure de ces mots, que l'associé qui n'a mis que son industrie, peut être affranchi de toute contribution aux pertes : ou plutôt, il y contribue réellement, nonobstant la clause d'affranchissement, puisqu'il perd le fruit de son industrie, pendant tout le temps qu'a duré la société. Au surplus, la disposition qui défend d'affranchir de la perte le fonds de l'un des associés, est contraire à l'avis de Pothier. Il est assez étonnant que ce jurisconsulte sévère se soit montré, sur ce point, plus indulgent que le Code. Il est certain, en effet, que l'un des associés pourroit, moyennant une prime quelconque, faire assurer, par un tiers, son fonds dans la société, et qu'au

moyen de cette assurance, il seroit sûr, dans tous les cas, de recouvrer son fonds intact. Or, pourquoi ne pourroit-il pas faire avec son associé, et en lui abandonnant une plus grande part dans les profits, une convention qu'il pourroit faire avec tout autre? On a pensé probablement que ce seroit un moyen de déguiser des contrats usuraires; et l'on a regardé une pareille convention, comme contraire à l'esprit d'égalité qui doit régner entre associés.

(4) Pourroit-on stipuler que l'un des associés prélêvera sa mise avant partage? Oui; on suppose alors qu'il a prêté à la société la somme ou les effets dont il s'agit: et il est vrai de dire qu'il contribue toujours aux pertes. Car, s'il n'y a rien dans le fonds de la société au moment de la dissolution, il perd d'abord l'intérêt de son argent pendant toute la durée de la société; et il perd, en outre, une part dans le capital, proportionnée à celle qu'il a dans la société. Mais aussi, il faut bien prendre garde que, dans ce cas, sa mise n'est pas du fonds qu'il a apporté, mais seulement de la jouissance ou de l'intérêt de ce fonds; ce qui est essentiel à remarquer pour la fixation des parts, à défaut de stipulation. *Espèce*. Pierre et Paul contractent une société pour cinq ans. Pierre y met 2000 fr. Paul y met 4000 fr.; mais il stipule qu'il prélèvera les 2000 fr. d'excédant, avant partage. L'acte ne contient aucune stipulation, relativement à la part des associés dans les bénéfices ou les pertes. Il faut donc la déterminer d'après les mises. Il est évident que l'on ne peut traiter Paul, comme s'il avoit mis réellement 4000 fr. dans la société, puisque la société a toujours été sa débitrice de 2000 fr. Sa mise sera donc, 1.° de 2000 fr.; plus de l'intérêt de 2000 fr. pendant cinq ans; et sa part dans les bénéfices ou pertes, sera calculée en conséquence.

(5) *Ou par un tiers*. *Quid*, si ce tiers ne peut ou ne veut faire le règlement, et qu'il y ait eu cependant

des affaires faites en commun, doit-on présumer que l'intention des parties a été de s'en rapporter, pour ce cas, à des experts? Ou doit-on déterminer les parts, comme si le contrat ne renfermoit aucune stipulation à cet égard? Le second avis me semble plus conforme à la rigueur des principes et à la disposition de l'art. 1592. Cependant, l'on pourroit peut-être, d'après les circonstances, s'en rapporter pour ce cas à l'arbitrage du juge.

(6) *Aux bénéfices ou aux pertes. Quid*, si l'on n'a fixé que la part dans les bénéfices, sans parler des pertes? La part dans les pertes est censée la même que celle dans les bénéfices. (§. 3, *Instit. de Societate*).

Page 14.

(1) *Qui dépendent de son administration.* Remarquez que ce mot *administration* a une signification plus étendue dans les sociétés de commerce, que dans toute autre. Dans les premières, surtout dans celles en nom collectif, et en commandite, l'associé administrateur peut disposer de tous les effets de la société; il peut même, sur sa seule signature, obliger tous ses co-associés; au lieu que dans les sociétés, autres que celles de commerce, l'associé administrateur doit se renfermer dans les termes de son mandat; et, si le mandat est simplement général, il ne peut aliéner, hypothéquer, transiger, compromettre, ni obliger les autres associés sans leur consentement, excepté pour les actes d'administration. (*C. C.* 1988).

Page 15.

(1) Par conséquent, dans ce cas, nul ne pourra administrer. Je crois cependant que, s'il y avoit urgence, on rentreroit dans le droit commun, d'après lequel chaque associé peut administrer.

(2) D'après cet axiome de droit : *in pari causâ, melior est causa prohibentis.*

(3) Contraire en cela au droit Romain, et à l'ancien droit Français.

Page 16.

(1) *Du moment de la convention*; même avant qu'elle ait été livrée.

(2) *La chose est à ses risques.* Ce qui rend la position des associés bien différente. Supposons en effet deux paysans qui, ayant chacun une vache, conviennent de la mettre en commun. S'ils ont mis les vaches mêmes en société, alors, du moment de la convention, chaque associé est devenu propriétaire, pour moitié, de chacune des deux vaches; et, si l'une d'elles vient à périr, la société continue pour l'autre vache, qui continue elle-même d'appartenir aux deux associés. Mais s'ils n'ont mis en société que les produits de leurs vaches, alors chacune d'elles continue d'appartenir à son propriétaire : et si l'une périt, non-seulement celui à qui elle appartient, n'a rien à prétendre dans la propriété de l'autre; mais encore la société est dissoute de droit, puisque le propriétaire de la vache périe ne peut plus y rien mettre. (*C. C. art.* 1867).

Observez au surplus que, malgré que la chose soit aux risques de l'associé, la société, comme usufruitière, n'en est pas moins tenue de toutes les dépenses d'entretien.

(3) *S'il s'agit de choses fongibles.* On entend, en général, par *chose fongible*, une chose dont on ne peut se servir sans la perdre et la consommer, comme du blé, du vin, etc. L'argent monnoyé est aussi une chose fongible : car, quoique la pièce de monnoie ne se consomme pas réellement et effectivement par l'usage,

cependant elle est censée périe pour celui qui l'emploie, *utenti perit.* Or comme le droit de perdre ou de consommer est le caractère distinctif de la propriété, il en résulte qu'à l'égard des choses fongibles, la jouissance et la propriété se confondent, tellement que le droit d'usufruit sur ces sortes de choses, en confère la propriété, sauf restitution. (*C. C. art.* 587). Lors donc que la chose dont la jouissance a été mise dans la société, est fongible, il est clair que la société ne pouvant s'en servir sans la consommer, et ne pouvant la consommer sans en être propriétaire, la propriété en a été transférée à la société, et que la chose doit périr pour elle. Mais, dira-t-on, il n'y a donc point de différence entre ce cas, et celui où la propriété même auroit été mise dans la société ? Je réponds qu'il y en a une très-grande. Lorsque c'est la jouissance qui a été mise en commun, la société a bien le droit de disposer de la chose comme propriétaire; mais, lors de la dissolution, l'associé a droit d'en prélever la valeur, ou pareille quantité de choses d'égales nature et qualité. Si c'est au contraire la propriété qui a été mise en commun, il n'a aucun prélèvement à exercer.

(4) *Qui se détériorent en les gardant.* Dès que ces choses se détériorent en les gardant, on ne peut présumer que les associés aient eu l'intention de les garder, mais bien plutôt celle de donner à la société le droit d'en disposer à titre de propriétaire, sauf prélèvement, comme ci-dessus, lors de la dissolution.

(5) *Sont destinées à être vendues.* L'associé est censé, dans ce cas, avoir mis dans la société, non la chose elle-même, mais la somme qui en proviendra, et pour la jouissance seulement.

(6) *Sur une estimation.* L'associé est censé également, dans ce cas, avoir mis dans la société la jouissance du montant de l'estimation.

Page 17.

(1) *Et sans demande.* C'est une exception au principe général, d'après lequel les intérêts d'une somme d'argent réclamée ne sont dus que du jour de la demande. (*C. C. art.* 1153). Mais cette exception est fondée sur l'équité, qui veut que l'associé jouissant du fonds de ses coassociés, paie les intérêts de la somme qu'il devoit mettre dans la société, et qu'il n'a pas apportée. D'ailleurs, on veut éviter autant que possible, toute procédure entre associés. On ne veut donc pas que, pour faire courir les intérêts, ils soient obligés de former une demande en justice.

(2) *Sans préjudice de plus amples dommages et intérêts.* C'est encore une exception à l'art. 1153. Si, par exemple, tous les fonds mis dans la société devoient être employés à l'acquisition d'une partie de marchandises, sur laquelle la société eût fait un bénéfice quelconque, et que le défaut de paiement, de la part de l'un des associés, ait fait manquer l'opération, il est clair que l'associé en retard doit indemniser ses coassociés. Mais alors, il ne doit pas les intérêts, qui se trouvent compris dans l'indemnité.

(3) *Des sommes qu'il a déboursées.* Mais peut-il répéter les intérêts du jour de l'avance ? Je pense qu'oui, d'après l'art. 2001 du Code Civil qui accorde au mandataire l'intérêt des avances faites par lui pour l'exécution du mandat, à compter du jour des avances constatées. Or, l'associé qui gère est vraiment le mandataire de la société. C'est d'ailleurs la décision du droit Romain. (Loi 67, §. 2 ff. *pro socio.*) C'est aussi l'avis de DOMAT, et celui de SAVARY, Parères 40 et 50. Enfin comme aux termes de l'art. 1846, l'associé qui a pris des fonds dans la caisse commune pour son usage particulier, est tenu d'en payer les intérêts du jour qu'il les a pris, il paroît juste, par réciprocité,

d'accorder à l'associé qui a employé ses propres fonds pour l'avantage de la société, les intérêts du jour des avances constatées.

Quid, dans cette espèce? Une société, composée seulement de deux associés, fait faillite; elle doit 120,000 fr. Les deux associés font cession. L'un abandonne pour 50,000 f. de biens, et l'autre pour 20,000 fr. Au moyen de cet abandon, les créanciers déclarent les tenir quittes de toute répétition quelconque. L'associé qui a abandonné 50,000 fr., a-t-il action contre son coassocié pour se faire restituer 15,000 fr. ? La Cour royale de Rouen a jugé que non. *Arrêts des* 25 *février* 1808, *et* 5 *avril* 1809, fondés en partie sur ce qu'il n'avoit été fait aucunes réserves lors de la cession.

J'aurois de la peine à être de l'avis de ces arrêts. Certes, si la société eût eu un procès dont le fonds eût été de 120,000 fr., et que la partie adverse eût consenti à transiger pour 70,000 fr., chacun des associés n'eût été tenu, l'un envers l'autre, que de 35,000 fr.; et celui qui eût payé davantage, eût eu certainement action contre l'autre, quand même il n'y eût pas eu de réserve. Ici n'est-ce pas la même chose? Les créanciers ont dit : vous nous devez 120,000 fr.; nous ne savons quand, ni comment vous nous paierez. Donnez-nous 70,000 fr. comptant, et nous vous tiendrons quittes. Au lieu de donner 70,000 fr. en argent, les associés les ont données en valeurs : l'effet est le même ; et celui qui a donné plus que l'autre, doit avoir son recours.

Nota. Dans l'espèce, l'associé qui n'avoit payé que 20,000 fr. avoit rétabli ses affaires : c'est ce qui avoit déterminé l'autre à l'actionner.

(4) *Pour les affaires de la societé*. S'il a vendu en son nom un effet de la société, il a droit d'être indemnisé de l'action en garantie qui pourroit être exercée contre lui : de même la société doit remplir tous

les engagemens qu'il a contractés au nom et pour le compte de la société, si la chose a tourné au profit commun.

(5) *Des risques inséparables de sa gestion.* Si, dans un voyage entrepris pour les affaires de la société, il a été attaqué par des brigands qui l'ont blessé et volé, il a droit à une indemnité. Mais remarquez que, pour ce qui concerne les objets volés, il ne doit être indemnisé que de la perte de ceux qu'il étoit absolument nécessaire qu'il emportât pour l'affaire dont il s'agit. S'il y avoit de l'excédant, la société n'en seroit pas tenue. Ce ne seroit pas un risque inséparable de la gestion.

Page 18.

(1) *Sans le consentement.* Mais le consentement tacite suffit : *qui prohibere potest, et non prohibet, consentire videtur.*

(2) *Faire d'innovations.* La chose appartient à ses coassociés comme à lui; et nul ne peut disposer de la chose d'autrui. D'ailleurs, comme nous l'avons déjà fait observer, *in pari causâ, melior est causa prohibentis.*

Mais *quid*, s'il en a faites à l'insu de ses coassociés? Je pense qu'attendu la bonne foi qui est de l'essence de la société, le juge doit examiner si ces innovations sont utiles, nuisibles, ou inutiles. Si elles sont utiles, et qu'elles ne soient pas excessives, il lui en sera tenu compte jusqu'à concurrence de la plus value de la chose. Si elles sont nuisibles, il sera condamné à les enlever, et à remettre les choses dans leur premier état. Si elles sont inutiles, on devra lui permettre seulement d'enlever tout ce qui pourra être déplacé, sans détériorer le fonds.

(3) *Et à défaut*; c'est-à-dire, s'il y a un acte qui

le nomme, mais qui ne désigne pas les choses qu'il aura droit de faire.

(4) Ainsi ce tiers est l'associé de l'associé; mais il n'est pas l'associé des autres associés; il ne doit compte directement qu'à celui qui se l'est associé; et il n'a d'action directe que contre lui.

Nous disons *directement* etc., parce qu'il peut agir indirectement contre la société, dans le cas, par exemple, où son associé seroit insolvable, et auroit quelque créance à exercer contre la société. Il pourroit alors, d'après l'art. 1166 du Code Civil, s'il étoit lui-même créancier de son associé, exercer contre la société les droits de son débiteur: et réciproquement, s'il étoit débiteur de son associé, et que la société en fût créancière, elle pourroit, d'après le même article, agir contre lui, du chef de l'associé.

Page 19.

(1) *Imputées sur les deux créances*: pourvu cependant, qu'il n'en résulte pas de préjudice pour le débiteur. En effet, aux termes de l'art. 1253 du Code Civil, lorsqu'une personne a plusieurs dettes, et qu'elle fait un paiement insuffisant pour les acquitter toutes, elle a le droit de déclarer quelle est la dette qu'elle entend acquitter. Si donc, dans l'espèce, le débiteur a fait l'imputation, il sembleroit qu'elle dût être exécutée. Néanmoins, je pense qu'il faudroit distinguer: si le débiteur a fait l'imputation sur la dette qu'il avoit le plus d'intérêt d'acquitter, par exemple, sur une dette qui emportoit la contrainte par corps, il n'y a point de doute que l'imputation ne doive valoir. Car, dans le même cas, elle auroit lieu de droit, et sans stipulation. (*C. C. art.* 1256). Mais si, toutes choses égales, le débiteur a imputé le paiement sur la créance particulière de l'associé, on présumera facilement de la connivence, et l'imputation aura lieu proportionnément

sur les deux créances. D'ailleurs le débiteur ne peut se plaindre dans ce cas, puisque nous avons supposé qu'il n'avoit pas d'intérêt à acquitter une dette plutôt que l'autre.

(2) De même, si l'un des associés a vendu avantageusement sa part dans les marchandises de la société, il est censé avoir vendu pour le compte de la société entière.

(3) *La convention seroit exécutée.* Il ne peut revenir contre son propre fait. D'ailleurs, il lui est bien défendu de s'avantager aux dépens de la société; mais il ne lui est pas défendu d'avantager la société à son préjudice.

(4) *Par sa faute.* Quand y-a-t-il faute de la part de l'associé? C'est quand il n'a pas, pour les affaires de la société, le même soin que pour les siennes propres. On ne peut exiger davantage de lui. S'il n'est pas exact dans ses propres affaires, tant pis pour les associés qui doivent s'imputer de l'avoir choisi. (§. 9. *Instit. de Societate*).

(5) *Que son industrie*; pourvu que ce soit le genre d'industrie qui faisoit l'objet de la société; car autrement il pourroit compenser.

(6) *Dans d'autres affaires.* En effet, il devoit à la la société tout le produit de son industrie; en le lui donnant, il n'a fait que payer sa dette.

Page 20.

(1) Jusqu'à quand les doit-il? SAVARY, *Parère* 50, pense qu'il les doit, non-seulement jusqu'à la dissolution, mais encore jusqu'à la liquidation de la société; il est censé en avoir profité jusque-là. D'ailleurs il est pos-

sible que, si ces sommes fussent restées dans la caisse commune, elles eussent servi à payer des dettes de la société, qui ont porté intérêt jusqu'à la liquidation.

(2) Si le défaut de ces sommes a empêché la société de faire des affaires avantageuses, elle doit en être indemnisée.

(3) *Revêtu des mêmes formes*. Je ne crois pas qu'il faille conclure de ces mots que, si l'acte primitif est notarié, l'acte de prorogation doive l'être également. Mais cela veut-dire que si, par exemple, l'objet de la société est de valeur de plus de 150 fr., comme il a fallu un acte écrit dans le principe (*C. C. art.* 1834), il en faudra un pareil pour la prorogation.

Ajoutez à cela les formalités exigées par l'art. 46 du Code de Commerce, et que nous verrons ci-après.

(4) *Formant à elle seule le fonds commun*; par exemple : nous sommes en société pour la cargaison d'un vaisseau; la cargaison périt; la société est dissoute.

(5) Entre le cas où la jouissance seulement a été mise dans la société, et celui où l'apport est de la propriété, il y a cette différence, que la mise de la jouissance est la mise des fruits qui naîtront de l'objet dont la jouissance est apportée. Il y a donc, en quelque sorte, autant d'apports différens, qu'il y a de perceptions de fruits. D'après cela, lorsque la jouissance vient à cesser pour la société, de quelque manière que cela arrive, il est vrai de dire que l'associé qui a promis d'apporter la jouissance, ne réalise pas son apport ; que conséquemment, la société doit cesser. Mais lorsque l'apport est de la propriété, l'apport s'est réalisé en entier, du moment que la propriété a été apportée. La société est devenue, de ce moment, propriétaire irrévocable de l'objet ; s'il vient à périr, c'est pour le compte de la société; et cela ne doit pas empêcher qu'elle ne continue à l'é-

gard des autres objets qui en constituent le fonds commun.

(6) En effet, nous avons vu ci-dessus que, quand c'est la propriété qui a été apportée, la chose est aux risques de la société. Si donc elle périt, c'est pour la société, et non pour l'associé qui l'a apportée ; et la société continue, ayant pour fonds commun les choses apportées par les autres associés. Mais si la chose périt avant que la propriété en ait été apportée à la société, alors elle périt pour son propriétaire ; et comme il se trouve par-là hors d'état d'apporter à la société ce qu'il a promis, il en résulte que la société est dissoute, ou plutôt qu'elle ne peut avoir lieu pour ce qui le concerne, ni par conséquent, pour les autres associés ; car, comme nous l'allons voir tout-à-l'heure, la retraite de l'un des associés dissout la société à l'égard de tous.

Mais il reste une difficulté sur l'art. 1867 du Code Civil, d'où est tirée la disposition dont il s'agit. En effet, le commencement de cet article, comparé avec la fin, suppose évidemment que la promesse de livrer une chose n'en transfère pas la propriété ; ce qui est formellement contraire à ce que nous avons dit plus haut, et à l'article 1138 du même Code. Je ne vois qu'un moyen de concilier cette contradiction apparente ; le voici : quand l'art. 1138 décide que la promesse de livrer transfère la propriété, il suppose clairement que celui qui a promis, étoit propriétaire de la chose promise. Il ne peut donc s'appliquer à un autre cas. Or, qui empêche de supposer qu'il s'agit dans l'art. 1867, du cas où la chose promise n'appartenoit pas, au moment du contrat, à l'associé qui s'est engagé à la livrer ? Ainsi, Pierre et Paul savent qu'il doit arriver à Bordeaux et à Marseille, deux cargaisons d'un débit avantageux. Pierre s'engage d'acheter celle de Bordeaux ; Paul, celle de Marseille ; et ils s'obligent mutuellement à les mettre en commun, pour en partager les bénéfices. La cargaison de Bordeaux périt par fortune de mer, avant que Pierre ait pu l'acheter.

Dans ce cas, Pierre se trouvant dans l'impossibilité d'effectuer sa mise, la société est dissoute, et il n'a aucun droit à prétendre sur la cargaison de Marseille.

Si, au contraire, ils eussent été propriétaires, au moment du contrat, chacun de la cargaison promise, alors, par l'effet de la seule promesse, la propriété en eût été transférée à la société : la perte de la cargaison de Bordeaux eût donc été pour la société; et Pierre n'en eût pas moins eu le droit de réclamer la moitié des bénéfices de la cargaison de Marseille.

(7) *Quid*, si les associés vivans, ignorant la mort de leur coassocié, continuent à gérer, comme si la société existoit? En droit romain on décidoit que la société avoit continué, (L. 65, §. 10, ff. *Pro socio*). Je crois que la même décision auroit lieu en droit français, (*Argument tiré de l'art.* 2008). Au surplus, la mort de l'un des associés dissout la société à l'égard de tous, parce qu'il est possible que la société ait été contractée, précisément en vue de l'associé décédé.

(8) *Avec ses héritiers.* Cette clause étoit défendue en droit Romain, et l'on n'y avoit aucun égard, excepté dans un seul cas, celui de la ferme des impôts. (L 59. ff. *Pro socio*). Cette décision étoit fondée sur ce que la base de toute société étant la confiance réciproque des parties, cette confiance ne pouvoit exister à l'égard d'un héritier, qui n'est connu qu'après la mort de celui auquel il succède, et qui conséquemment jusque-là, est ce que l'on appelle une personne incertaine. POTHIER prétend que ce n'étoit qu'une subtilité, qui n'eût pas été admise dans notre droit. Notre article décide la question.

Page 21.

(1) *Une suite nécessaire.* Si, par exemple, il a été envoyé une pacotille outre mer, à charge de retour, et qu'avant le retour du navire, et même pendant le voyage

de l'aller, un associé vienne à mourir, ses héritiers ont part aux retours, soit pour le bénéfice, soit pour la perte.

(2) *L'interdiction, la faillite, ou la déconfiture*: l'interdit est mort pour la société, puisqu'il est privé de l'exercice de tous ses droits; je pense qu'il en seroit de même s'il avoit été donné un conseil judiciaire à l'un des associés. Le failli et le déconfit ne présentent plus aucune sûreté. Il y a cette différence entre la faillite et la déconfiture, que le failli est celui qui manque d'acquitter ses engagemens au terme fixé, quoiqu'il ait peut-être assez, et même plus qu'il ne faut, de biens, pour payer toutes ses dettes: le déconfit est celui qui doit plus qu'il n'a. Il peut donc y avoir faillite sans déconfiture; mais il n'y a jamais déconfiture sans faillite. D'ailleurs le mot *faillite* s'applique plus particulièrement aux commerçans.

(3) *Par la simple volonté d'un associé.* C'est une exception à la règle générale, d'après laquelle les contrats n'étant formés que par le concours des volontés des parties contractantes, ne peuvent être détruits que par le concours de mêmes volontés. Cette exception est fondée sur ce qu'une société qui seroit continuée malgré les associés, deviendroit une source intarissable de procès.

(4) *Le manque à ses engagemens*, etc. Les associés ne peuvent être forcés de tenir leurs engagemens envers celui qui a manqué aux siens. C'est une disposition commune à tous les contrats synallagmatiques parfaits. (*Code Civil. art.* 1184).

(5) Si toutefois il étoit nécessaire pour les affaires de la société, qu'il s'en mêlât. Car, si c'étoit un associé qui ne donnât que ses fonds, je pense que ce ne seroit pas une raison suffisante pour faire prononcer la dissolution de la société.

(6) *A tous les associés.* Si l'on a omis de la notifier à un seul, la société continue à son égard, non seulement avec le renonçant, mais encore avec ceux auxquels la renonciation a été notifiée. Cette décision peut paroître extraordinaire. En effet, dira-t-on, ceux auxquels la notification a été faite, ont dû compter que la société étoit dissoute. Comment l'omission faite par l'associé renonçant, peut-elle faire continuer, même avec eux, une société qu'ils ont dû regarder comme éteinte? Je crois qu'on peut répondre victorieusement à cette objection, qu'il seroit encore plus dur de regarder la société comme dissoute, à l'égard de celui auquel on n'a pas notifié. En effet, on peut soutenir à la rigueur, que les autres associés, instruits de la renonciation par la notification qui leur est faite, ont à s'imputer de ne pas s'être assurés que cette notification a été faite à tous les associés, ou, en cas de doute, de ne l'avoir pas faite eux-mêmes: on ne peut faire le même reproche à l'associé qui a totalement ignoré la renonciation. Ainsi, en supposant toutes choses égales, l'équité exige que l'on décide en sa faveur.

Mais il reste une autre question. La loi 17. §. 1, ff. *Pro socio*, décidoit qu'à défaut de notification de la renonciation, la société continuoit, dans le sens que, s'il y avoit bénéfice, l'associé auquel on n'avoit pas notifié, pouvoit y prendre part; mais que s'il y avoit perte, il n'étoit pas tenu d'y contribuer. La même disposition auroit-elle lieu chez nous? Le Code Civil ne dit rien à cet égard. Néanmoins je pense que cette décision doit être adoptée, non comme particulièrement relative à la société, mais comme étant une conséquence nécessaire des principes généraux du droit. En effet un de ces principes est, que nul ne peut tirer avantage d'une faute qu'il a commise, pour se donner un droit qu'il n'auroit pas eu sans cette faute. Il résulte de là que le droit de demander la continuation de la société, est personnel et de pure faculté pour celui auquel la renonciation n'a pas été notifiée; et que s'il ne veut pas

l'exercer, la continuation ne peut être demandée par le renonçant qui a omis de notifier, ni par les autres associés auxquels on a notifié. Ces principes posés, la décision du droit romain en est, comme je l'ai dit, la conséquence nécessaire. En effet, s'il y a bénéfice, la société continuera, parce qu'alors l'associé auquel on n'a pas notifié, a intérêt de demander, et demandera la continuation. Par la raison contraire, s'il y a perte, il a intérêt de ne pas demander la continuation; il ne la demandera donc pas; et comme elle ne peut être demandée par d'autres que par lui, il s'ensuivra que la société sera censée dissoute du jour de la notification aux autres associés.

Page 22.

(1) *Pour s'approprier à lui seul, etc.* : par exemple, nous contractons société pour acheter une partie de marchandises. Mon associé se procure les renseignemens nécessaires pour l'achat, et voyant qu'il a plus de facilité que moi pour faire l'acquisition, il renonce à la société, me notifie la renonciation, et fait ensuite l'achat pour son compte particulier. La renonciation peut être annullée; et je puis demander le partage des bénéfices. Mais remarquez, comme dans la note précédente, que le droit de demander la nullité, m'est personnel, en sorte que, si la même affaire que mon associé a cru avantageuse, vient au contraire à être préjudiciable, il ne peut me forcer de contribuer à la perte. (L. 65, §. 4, ff. *Pro socio*).

(2) Par exemple, si le fonds de la société consiste en un objet qui ne peut se diviser commodément, et qui ne peut être vendu avantageusement qu'à une certaine époque, l'associé renonçant sera obligé d'attendre que cette époque soit arrivée, pour faire vendre l'objet, et en partager le produit. Jusque-là, la chose est à ses risques, comme à ceux de tous les autres associés. Cette disposition a lieu, quand même l'associé renon-

çant auroit un intérêt particulier à ce que la dissolution s'effectuât au moment de la renonciation : *Semper enim, non id quod privatim interest unius ex sociis, servari solet, sed quod societati expedit.* (L. 65, §. 5, ff. *eodem*).

(3) Les principales conséquences de principe sont :

1° Que, si l'un des associés est créancier de la société, et qu'un des coassociés soit insolvable, la part que ce dernier doit payer dans la créance, se répartit entre l'associé créancier, et les autres associés. Car cette insolvabilité même est une charge de la société. (*C. C. art.* 876).

2° Que la lésion de plus du quart, au préjudice de l'un des associés, suffit pour l'autoriser à demander la nullité du partage. (*C. C. art.* 887).

3° Que celui auquel un associé auroit cédé, avant partage, tous ses droits dans la société, moyennant une somme d'argent, peut être écarté du partage, soit par tous les coassociés, soit par un seul, en lui remboursant ce qu'il a payé. (*C. C. art.* 841).

4° Enfin, que le partage est déclaratif, et non translatif de propriété, c'est-à-dire que chaque associé est censé avoir été propriétaire des objets tombés dans son lot, du moment qu'ils ont été acquis à la société, et n'avoir jamais eu la propriété des objets tombés dans les lots de ses coassociés. (*C. C. art.* 883).

Pour faire mieux sentir l'importance de cette dernière disposition, relativement aux hypothèques, ou autres droits réels qui auroient pu être consentis par l'un des associés, il est nécessaire d'apporter quelques distinctions.

Pierre et Paul sont associés. La société se dissout. On partage le fonds, composé, en partie, d'immeubles. Il faut distinguer trois cas, relativement à chaque associé. Prenons l'un des deux, Pierre, par exemple.

Ou les immeubles qui tombent dans son lot, sont ceux qu'il a apportés à la société; et alors, ils sont censés n'avoir jamais cessé de lui appartenir. Paul, par la même raison, est censé n'y avoir jamais eu aucun droit, et n'avoir jamais pu, par conséquent, les hypothéquer à ses créanciers particuliers.

Ou ce sont les immeubles que Paul a apportés à la société; et alors ils sont censés avoir appartenu à Pierre, du moment où Paul les a apportés. En conséquence, Paul n'a pu les hypothéquer depuis; et ils ne peuvent être grevés, de son chef, que des hypothèques existantes au moment de l'apport, et dont il doit garantir Pierre.

Ou enfin, ce sont des immeubles acquis pour et durant la société; et alors, ils sont censés avoir appartenu à Pierre, du moment qu'ils ont été acquis. Paul est censé n'y avoir eu aucun droit, et par conséquent n'avoir jamais pu les hypothéquer.

Ce que nous disons de l'hypothèque, peut s'appliquer à tout autre droit réel consenti par un des associés.

Il est d'ailleurs bien entendu que toutes ces distinctions ne peuvent préjudicier aux créanciers de la société même, auxquels ces immeubles ont pu être hypothéqués. Dans ce cas, ils sont censés l'avoir été par tous les associés.

Si, par l'effet du partage, l'un des associés se trouve débiteur de l'autre, de quand doit-il les intérêts, si l'acte de partage ou celui de société ne contiennent aucune stipulation à ce sujet? Du moment de la demande seulement, suivant POTHIER. Cet avis paroît être aussi celui de SAVARY. (*Parère* 68). Cet auteur pense même avec DUPUIS DE LA SERRA, que, s'il y a compte respectif entre les associés, les intérêts, même demandés, ne courent que du jour où la liquidation a été faite, et le reliquat déterminé d'une manière précise, soit par une convention, soit par un jugement.

Nota. On a jugé à Grenoble le 28 août 1811, que l'associé qui, par le résultat du compte, demeure débiteur, peut être contraint par corps au paiement du re-

liquat; et le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté le 22 mars 1815 (*Sirey*, 1815; 1ere. *P. p.* 386).

Page 23.

(1) *Les noms des associés*, vivans. Si donc il a été stipulé dans l'acte de société, qu'elle continueroit avec les héritiers des associés décédés, et qu'il vienne à mourir un associé dont le nom fait partie de la raison sociale, il doit en être retiré. On n'a pas voulu que le public pût être trompé par le crédit d'un nom qui n'existeroit plus.

(2) *Tous les associés sont solidaires.* On dit que plusieurs personnes sont débitrices solidaires, lorsque, d'après le titre ou d'après la loi, elles sont obligées toutes à la même dette, de manière que chacune d'elles puisse être poursuivie pour le tout, et que le paiement fait par l'une, libère toutes les autres.

Plusieurs personnes peuvent être également créancières solidaires, lorsque, d'après le titre ou d'après la loi, la même chose leur est due à toutes, de manière que chacune puisse demander et recevoir le paiement de toute la dette, et que le paiement fait à l'une d'elles, libère le débiteur à l'égard de toutes les autres.

Dans la société *en nom collectif*, tous les associés sont débiteurs solidaires des dettes de la société.

Nous disons *tous les associés*, mais non leurs héritiers : ce qui a besoin d'explication. Deux personnes sont en société. Il est dû, à un tiers, par la société, une somme de 10,000 fr. Le créancier peut demander les 10,000 fr., en entier, à celui des deux associés qu'il veut choisir, s'ils sont tous deux vivans. Mais si l'un d'eux vient à mourir avant que l'obligation ait été acquittée, sa succession en masse doit bien encore solidairement les 10,000 fr. : mais s'il a laissé plusieurs héritiers, ils ne sont pas solidaires entr'eux, c'est-à-dire, que chacun d'eux ne doit, dans les 10,000 fr.,

qu'une part proportionnée à celle qu'il prend dans la succession ; s'ils sont, par exemple, quatre héritiers, chacun pour un quart, le créancier ne peut demander à chacun d'eux que 2,500 fr.

Mais *quid*, si, d'après une stipulation particulière, la société continuoit avec les héritiers du prédécédé ? Je pense que, dans ce cas, chaque héritier devenant associé, de son chef et en son nom, seroit tenu solidairement de la dette de la société.

L'article 22 dit bien que les associés *en nom collectif* sont débiteurs solidaires. Mais sont-ils également créanciers solidaires, c'est-à-dire les débiteurs de la société sont-ils libérés, en payant la totalité de leur dette à celui des associés qu'ils veulent choisir ? Oui, tant qu'ils n'ont pas été prévenus par les poursuites de l'un d'eux (*C. C. art.* 1198 *et* 1859); car alors ils ne peuvent payer qu'au poursuivant. Il faut cependant excepter le cas où l'acte de société auroit confié exclusivement l'administration à un ou plusieurs associés. Car alors les administrateurs nommés peuvent seuls recevoir les paiemens, et libérer valablement les débiteurs. C'est pour cela que l'affiche, dont il sera ci-après parlé, doit désigner exactement les noms des administrateurs, quand il y en a de nommés.

Au surplus, la solidarité se présume aisément dans le commerce. Ainsi, quand deux marchands signent ensemble un billet, ou achètent des marchandises en commun, ils sont engagés solidairement, quoiqu'il n'y ait pas réellement entre eux de société. On en présume toujours une à l'égard des tiers. C'est l'avis de Jousse, et celui de Savary, (*Parère* 61), fondé sur la Loi 4 ff. *Pro socio*, qui dit que, *societas coïri potest re.* Il en est autrement dans les affaires non commerciales. La solidarité ne s'y présume pas : il faut qu'elle soit expressément stipulée, ou prononcée par la loi. (*C. C. art.* 1202).

(5) *Engagemens.* Ce mot est plus étendu que celui de *dettes.* Il comprend toutes les obligations quelcon-



ques, telles que seroit une promesse d'acheter, de vendre, une garantie, etc.

(4) *Par un seul associé*; à moins qu'il n'y ait des administrateurs nommés par l'acte de société, parce qu'alors eux seuls pourroient engager les autres associés. Nouvelle raison de les désigner dans l'affiche.

(5) *Sous la raison sociale*. Ainsi l'associé, même administrateur, qui ne signe pas sous la raison sociale, n'engage pas les autres associés. Motif pour insérer la raison sociale dans l'affiche. Mais doit-on conclure de là que les associés ne sont tenus des engagemens contractés par l'un d'eux, que quand il a signé sous la raison sociale? Jugé à Paris, et en cassation, qu'ils sont tenus, toutes les fois qu'on peut prouver que l'opération a eu lieu pour le compte et au profit de la société. (SIREY, 1811, 1re p., p. 91). Voyez, d'ailleurs, l'art. 1864 du Code Civil. Mais il y a cette différence essentielle que, quand l'associé a signé sous la raison sociale, les associés sont tenus par ce seul fait, et sans que le créancier ait rien à prouver; tandis que, dans le cas contraire, le créancier est obligé de prouver que la chose a tourné au profit de la société.

(6) *Comme elle peut se borner à une branche particulière de commerce*. Si l'associé fait un commerce particulier, séparé de celui de la société, et qu'il tombe en faillite, ainsi que la société, ses créanciers personnels ont-ils un privilége sur ses biens particuliers, exclusivement aux créanciers de la société? Jugé la négative, et avec raison, en cassation, le 18 octobre 1814. (SIREY, 1815, 1re p., p. 78). Mais cela n'empêcheroit pas les créanciers de la société de se faire payer sur les fonds sociaux, privativement aux créanciers personnels de l'associé. *Sic* jugé à Paris, le 10 décembre 1814. (Ibid. 2e p., p. 79): et en effet, la société est censée un être moral, une tierce personne, distincte de chacun des asso-

ciés. Les créanciers de ceux-ci ne sont donc pas les créanciers de la société, tandis que les créanciers de la société peuvent exercer tous les droits de la société sur les biens de chacun des associés.

Page 24.

(1) *Que par écrit. Quid*, s'il s'agit d'une société dont l'objet n'excède pas 150 fr. ? Le Code civil semble permettre de prouver dans ce cas la société, par témoins, (art. 1834.) Mais observez que ce Code ne s'applique aux sociétés de commerce, que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce (*art.* 1873); et que le Code de Commerce exige la remise au greffe et l'affiche de l'acte; ce qui exclut l'idée d'une société contractée sans acte. Ajoutez que le cas doit se présenter très-rarement, pour ne pas dire jamais, parce que les sociétés d'un aussi mince objet, sont moins des sociétés *en nom collectif*, que des associations en participation, qui peuvent être prouvées par témoins. (*Art.* 49). Mais il faut aussi bien prendre garde que la nullité résultant du défaut d'écrit, n'a lieu qu'à l'égard des associés, et non à l'égard des tiers (*art.* 42), ainsi que nous le verrons dans la note (2) de la page 25.

(2) *Autant d'originaux qu'il y a d'associés.* Cette disposition est l'application au contrat de société, du principe général contenu dans l'article 1325 du Code civil; elle est fondée sur ce que, dans un contrat synallagmatique parfait, il ne doit pas être au pouvoir d'une partie, de forcer l'autre à tenir l'engagement, tandis que celle-ci ne pourroit l'y contraindre; ce qui arriveroit, si chaque associé n'avoit pas entre ses mains un original de l'acte sous seing privé. Supposons en effet trois associés, et un seul original. Il est certain que celui des associés, entre les mains duquel il sera remis, pourra orcer les deux autres d'exécuter l'engagement; et qu'au

contraire, si le dépositaire de l'acte dénioit la société, les autres n'auroient aucun moyen de lui en prouver l'existence.

Le même inconvénient auroit lieu, si l'original unique étoit déposé entre les mains d'un tiers, puisqu'il dépendroit de ce tiers de favoriser une des parties, en exhibant ou supprimant l'acte de société.

(3) *La mention, etc.* Si cette mention n'existoit pas dans l'acte même, l'associé de mauvaise foi supprimeroit son original, et demanderoit la nullité de l'acte, sous le prétexte qu'il n'auroit pas été fait en autant d'originaux qu'il y a d'associés.

(4) *A peine de nullité de l'acte.* Remarquez que la loi ne prononce pas la nullité de la convention, mais seulement celle de l'acte, c'est-à-dire, que l'on ne pourra se servir de l'acte pour prouver la convention. Mais si elle peut être prouvée de toute autre manière admise par la loi, l'exécution en devra être ordonnée. *Sic* jugé en cassation, le 23 novembre 1812 (Sirey, 1816; 1re p., p. 171). A la vérité, cela ne peut s'appliquer aux sociétés *en nom collectif*, ou *en commandite*, dont il doit être nécessairement passé acte, puisque cet acte lui-même doit être affiché.

Dans tous les cas, la nullité de l'acte, pour défaut de double original, ou pour défaut de mention, ne peut être opposée ni demandée par la partie qui a exécuté, de sa part, la convention. (*Code civil, art.* 1325).

(5) *Quid*, s'il y avoit un commencement de preuve par écrit? Le Code civil permet dans ce cas la preuve par témoins. (*Art.* 1347). Mais cette disposition n'est pas applicable ici. L'article 42 du Code de Commerce est formel pour l'opinion contraire, mais seulement à l'égard des associés entre eux, et non à l'égard des tiers qui peuvent prouver la société par tous les moyens légaux.

(6) *Et affiché pendant trois mois, etc.* Par conséquent il doit être nécessairement enregistré. De plus, aux termes d'un décret du 12 février 1814 (*Bulletin* n.° 10147), les extraits d'actes de société, ainsi que les changemens etc., doivent être insérés dans les affiches judiciaires, et dans les journaux de commerce.

Page. 25.

(1) Si cette désignation n'y étoit pas, les engagemens des associés, même non autorisés à administrer, obligeroient solidairement tous les associés, s'ils étoient signés sous la raison sociale, parce qu'à l'égard des tiers, les clauses non affichées sont comme si elles n'existoient pas.

(2) *A l'égard des intéressés.* Comment doit-on entendre cette disposition? Cela veut-il dire que la société est nulle, même entre les associés, tellement qu'aucun d'eux ne peut réclamer contre l'autre l'exécution des clauses de l'acte? C'étoit la décision formelle de l'art. 6 du Titre IV de l'Ordonnance de 1673. Mais Jousse observe que cette disposition étoit tombée en désuétude; et en effet, il est bien évident que l'affiche et la publication n'ont été établies que dans l'intérêt des tiers, et pour leur donner connaissance des clauses qui peuvent les intéresser : que les associés qui ont signé l'acte, ne peuvent dire qu'ils ignorent ce qu'il contient : que l'écrit en général n'est requis dans les sociétés de commerce, que comme preuve, et non comme solennité; qu'il paroît bien difficile de penser que les juges puissent accueillir la prétention d'un homme qui viendroit dire : « il est vrai que nous sommes convenus qu'il « y auroit société entre nous : cette convention a même déjà été exécutée, relativement à diverses opérations : mais en voici une fort avantageuse que je « viens de faire, et au bénéfice de laquelle mes associés « ne participeront point, parce que nos conventions,

« dont je reconnais l'existence, n'ont pas été rédigées « par écrit. » On croiroit difficilement qu'une pareille défense fût écoutée favorablement. Or, si le défaut d'écrit ne paroissoit pas suffisant pour annuller une convention d'ailleurs avouée, certes le défaut de publicité doit avoir encore moins cet effet.

Dira-t-on que la nullité absolue forceroit davantage l'exécution de l'art. 42 ? Mais cet article n'a-t-il pas une sanction suffisante dans la disposition qui permet aux tiers d'invoquer contre les associés les clauses de l'acte de société, sans que ceux-ci puissent les invoquer en leur faveur ?

Je conclus donc que, par ces mots, *à l'égard des intéressés*, il faut entendre seulement que les associés ne peuvent tirer aucun avantage de l'acte contre les tiers, sans néanmoins qu'il en résulte aucun préjudice au droit des associés entr'eux. Voir un arrêt de Rouen du 6 avril 1811, rapporté dans *Sirey*, 1812; 2[e] *P. p.* 53, et un de Colmar, du 2 août 1817, rapporté *ibid.* 1819; 2[e] *P. p.* 163.

(3) *Mais sans réciprocité.* Si donc des tiers ont intérêt que la société n'existe pas, ils pourront se prévaloir du défaut de formalités pour demander la nullité de l'acte, ou des clauses partielles qui pourroient leur nuire. Dans le cas contraire, les associés ne pourront pas invoquer ce même défaut, pour demander la nullité contre les tiers. Les associés sont en faute, puisqu'ils ont contrevenu à la loi; or, *nemo ex culpâ suâ debet consequi actionem.*

Page 26.

(1) *Soit changement d'associé.* Si donc il avoit été stipulé que, arrivant le décès de l'un des associés, la société continueroit avec ses héritiers, le cas échéant, il faudra faire afficher l'annonce du décès, et les noms des héritiers. L'on sent effectivement combien cela

peut être nécessaire. Il auroit été possible que des tiers traitassent avec la société sur la foi de l'associé décédé, et qu'ils n'eussent pas la même confiance dans ses héritiers.

(2) *Ou retraite d'associé.* Si donc, un associé renonce, et que l'acte porte qu'en cas de renonciation, la société continuera avec les associés restans, la renonciation devra être affichée.

(3) *Ou autres nouvelles clauses*, c'est-à-dire celles faites nouvellement. *Quid*, à l'égard de celles faites anciennement, mais ne devant avoir d'effet qu'éventuellement ? Il suffit de les faire afficher, au moment où elles ont effet. (SAVARY, *part. II, liv. I, chap. II*). Par exemple, Pierre et Paul contractent ensemble une société; un des articles porte qu'au bout de trois ans, Pierre pourra intéresser son fils dans la société, pour un tiers, en versant le tiers des fonds. Il suffira de faire afficher cette clause, au moment où le fils de Pierre entrera dans la société.

(4) *Ou stipulations quelconques.* Comment s'appliquera dans ces différens cas la peine de nullité portée par notre article ? D'abord rappelons-nous le principe que la nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés, mais que les tiers peuvent la leur opposer. Ainsi, si c'est un associé qui ait renoncé, et qu'il n'y ait pas eu d'affiche, la société sera censée, à l'égard des tiers, être continuée avec lui. Si un associé est décédé, qu'aux termes de l'acte, la société continue avec les survivans, et que le décès n'ait pas été affiché, les tiers pourront attaquer les héritiers comme associés, sans que les héritiers puissent attaquer les tiers en la même qualité, etc. En un mot, tout événement du genre de ceux relatés dans l'article, et qui n'est pas affiché, est, dans l'intérêt des tiers, censé non avenu.

(5) *En commandite.* Ce nom vient du vieux mot *command*, qui signifie *dépôt*, *procuration*. L'associé gérant est le procureur du commanditaire, et le dépositaire de ses fonds.

Page 27.

(1) *Jusqu'à concurrence des fonds.* L'associé gérant est seul connu des tiers. C'est avec lui seul qu'ils traitent. Ils ne peuvent donc avoir que lui pour obligé. Le commanditaire n'est obligé qu'à l'égard du gérant; et son obligation se borne à verser les fonds qu'il a promis. Cependant, faute par lui de faire ce versement, les tiers, créanciers de la société, peuvent l'y contraindre; mais c'est, en quelque sorte, comme exerçant les droits de l'associé gérant, leur débiteur.

Mais le commanditaire doit-il compte aux créanciers de la société, des bénéfices qu'il en a précédemment tirés? Par exemple, une société dure depuis quatre ans; les associés ont compté tous les ans, pendant les trois premières années. Il y a eu des bénéfices qui ont été partagés entre les commanditaires et le gérant. La quatrième année, la société est en déconfiture, et le gérant est insolvable. Les créanciers peuvent-ils forcer les commanditaires de rapporter les bénéfices qu'ils ont touchés pendant trois ans? L'affirmative avoit été proposée; mais elle a été rejetée. (*Esp. du C. de C. art.* 26). Cependant le contraire a été jugé à Rouen le 14 décembre 1807; cet arrêt a été cassé le 14 février 1810, et la cause renvoyée à la cour de Paris, qui a jugé comme celle de Rouen, le 11 février 1811 (*SIREY*, 1812, 2e *partie*, *p.* 25.) Je ne puis m'empêcher de partager l'avis des deux Cours royales. Il me paraît contraire à toutes les règles de la justice, et de l'équité qui est l'âme du commerce, que des associés retirent des bénéfices d'une société qui est hors d'état de payer ses créanciers.

Observez qu'aux termes de l'art. 1er du Tit. I de l'Arrêté sur la course, du 2 prairial an 11, (*Bulletin n.° 2771*), toutes les sociétés pour la course, sont réputées en commandite, s'il n'y a convention contraire, soit que les associés soient intéressés pour des quotités fixes, ou par actions.

(2) *Aucun acte de gestion.* En général, les tiers ne connoissent, comme nous venons de le dire, que l'associé gérant ; et il doit être par conséquent tenu indéfiniment à leur égard. Or, une responsabilité indéfinie est inconciliable avec le principe de la commandite. Si donc le commanditaire gère, il est censé renoncer au bénéfice de la commandite, et il devient associé solidaire. Mais remarquez que cette prohibition ne s'applique pas aux transactions commerciales que la société peut faire pour son compte avec l'associé commanditaire, et, réciproquement, le commanditaire avec la maison commanditée. (*Avis du Conseil d'Etat, approuvé le* 17 *mai* 1809. *Bulletin n.°* 4390).

Ainsi, Pierre, négociant, est associé commanditaire avec Paul, associé gérant et responsable. Il a versé les fonds stipulés par l'acte de société. Dans le cours de la société, Paul trouve avantageux de traiter de quelque partie de marchandise appartenant à Pierre. Le traité peut avoir lieu, sans qu'on puisse pour cela appliquer à Pierre la disposition de l'art. 28, ni le rendre solidairement responsable de toutes les dettes et engagemens de la société. Et en effet, il n'y a rien là qui soit relatif à la gestion de la société. La société a traité avec Pierre, comme elle auroit traité avec tout autre négociant, et *vice versâ.*

(3) *Ni être employés.* Le commanditaire ne peut être employé, mais il peut et doit même concourir aux opérations. Car, devant participer aux délibérations, dont le but est d'approuver ou d'autoriser les opérations, il est très-vrai qu'il y concourt par son consen-

tement. Mais il ne peut y concourir que de cette manière. Il ne peut d'ailleurs y prendre une part active.

(4) *Même en vertu de procuration.* Cette disposition a pour but d'empêcher ces spéculations frauduleuses, que l'on faisoit sous le nom d'un homme de paille, qui étoit le seul en nom. Les véritables intéressés paroissoient verser dans la société une somme modique, à titre de commandite. Ils faisoient du reste toutes les affaires de la société, comme mandataires prétendus du gérant. L'affaire réussissoit-elle, ils prenoient tous les bénéfices. Y avoit-il des pertes à essuyer, des engagemens à acquitter, ils en étoient quittes pour la modique somme commanditée, que souvent même ils n'avoient pas réellement versée, et le gérant disparoissoit. Cela aura lieu plus difficilement à présent, parce que, dans ces sortes de circonstances, il est essentiel pour les intéressés de gérer par eux-mêmes, et qu'ils ne voudroient pas confier leurs intérêts à l'homme qu'ils présentent au public.

Cependant il faut avouer que le même inconvénient subsistera toujours sous une autre forme, en ce que, pour éluder les dispositions de notre article, les intéressés ne paroîtront plus comme commanditaires, mais comme simples fondés de pouvoir du gérant. Mais je pense qu'en pareil cas, les tribunaux de commerce, qui ont la plus grande latitude pour découvrir et punir la fraude, pourroient, s'ils apercevoient les moindres rapports d'intérêt entre le gérant et son mandataire, condamner ce dernier, solidairement, au paiement des engagemens contractés par le premier.

(5) *Et tenus solidairement.* S'il y a contestation sur le fait de la gestion, pourra-t-on le prouver par témoins ? La raison de douter se tire de ce que l'art. 41 défend d'admettre la preuve testimoniale contre le contenu en l'acte de société. Or, nous supposons que l'associé, que l'on veut faire condamner comme solidai-

re, est porté dans l'acte, en qualité de commanditaire. Il faut dire néanmoins, que l'on peut prouver la gestion par témoins; et que ce n'est point prouver contre le contenu en l'acte, puisque le fait qui a changé la qualité de l'individu, est postérieur à l'acte même. Il en seroit autrement, si l'on vouloit prouver, par exemple, qu'il a été convenu, lors de l'acte, qu'un individu qui ne paroît dans l'acte que comme commanditaire, seroit cependant solidaire. Ce seroit alors vouloir prouver directement le contraire du contenu en l'acte; et la preuve par témoins ne pourroit être admise.

(6) *Quid*, en cas de contravention? Il sera réputé associé solidaire à l'égard des tiers, et tenu comme il est dit à l'art. 23.

(7) *Peut être divisé en actions.* Mais alors comment la société en commandite sera-t-elle distinguée de la société anonyme? La première différence, c'est que dans la société anonyme, comme nous le verrons tout-à-l'heure, tous les associés sont commanditaires, au lieu que dans la commandite, il y a toujours au moins un associé indéfiniment responsable. La seconde différence, qui est une suite de la première, c'est que l'anonyme n'est désignée par le nom d'aucun des associés, mais seulement par l'objet de son entreprise (*art.* 29 *et* 30), tandis que la commandite est toujours désignée par le nom d'un associé gérant, et indéfiniment responsable. Du reste, les caractères des deux sociétés sont à peu près les mêmes. Il faut, au surplus, observer que, d'après l'art. 529 du Code Civil, ces sortes d'actions, soit dans la société en commandite, soit dans l'anonyme, sont toujours meubles. Cependant un décret du 16 janvier 1808 (*Bulletin n°.* 2953), a permis d'immobiliser les actions de la Banque, en remplissant certaines formalités. (*Art.* 7).

Page 28.

(1) Comme les commanditaires ne sont responsables que jusqu'à concurrence des fonds qu'ils versent, leur crédit, et par conséquent leur nom, n'est d'aucun poids dans la société. Il est donc inutile de les nommer. D'ailleurs, un des grands avantages de la commandite, c'est de procurer à des personnes qui veulent rester inconnues, le moyen de s'intéresser dans des sociétés de commerce, et même de les faciliter par le versement de leurs fonds. On détruiroit cet avantage en nommant les commanditaires.

(2) *Des valeurs fournies ou à fournir.* Pour les valeurs fournies, cela est tout simple. Comme les commanditaires ne sont pas nommés, la confiance du public ne peut se mesurer sur leur crédit, mais seulement sur les fonds qu'ils versent. Mais quand les valeurs sont à fournir, il semble qu'il seroit nécessaire de nommer les commanditaires, afin que le public vît si ce ne sont pas des aventuriers qui ont promis plus qu'ils ne peuvent tenir. Malgré cela on a décidé que, même dans ce cas, ils ne doivent pas être nommés; d'abord, parce que ce seroit détruire l'essence de la commandite; et, en second lieu, parce que cette espèce de société réside, pour ainsi dire, toute entière, pour ce qui concerne les tiers, dans la personne du ou des gérans. Si ces derniers sont solvables, peu importe aux tiers, que les commanditaires versent, ou ne versent pas. Les gérans n'en seront pas moins tenus indéfiniment de toutes les dettes de la société. Si les gérans sont insolvables, les tiers ont à s'imputer d'avoir traité avec eux, et ne peuvent argumenter de l'insolvabilité des commanditaires sur le crédit desquels ils n'ont pas dû compter. De ces principes résulte la solution de la question suivante.

En cas de différence entre la somme portée en l'affiche comme devant être versée par les commanditaires,

et celle qui est fixée par l'acte de société, pour laquelle des deux les créanciers de la société auront-ils action contre les commanditaires? Il est clair, d'après ce qui vient d'être dit, et d'après la note (1) de la page 27, que, dans aucun cas, les commanditaires ne peuvent être tenus d'une somme plus forte que celle qu'ils se sont engagés à verser. Et d'ailleurs il y a en outre une raison d'équité bien plus forte. Les commanditaires n'interviennent en aucune manière dans l'affiche: l'extrait ne doit pas même être signé par eux; peut-il dépendre du gérant, de leur imposer une obligation plus forte que celle à laquelle ils ont consenti?

(3) Il faut bien se garder de confondre cette société avec la société anonyme dont parlent JOUSSE dans son préambule sur le Titre IV de l'Ordonnance, et SAVARY, partie II, liv. I, chap. I, et qui est la même chose que la société en participation dont il sera ci-après parlé.

Nota. Il a été jugé en cassation, le 23 août 1820 (*SIREY*, 1821; 1re *P. p.* 372), qu'une société formée pour la recette et la répartition du péage d'un pont déjà construit, n'étoit pas une société commerciale, sujette à la juridiction des tribunaux de commerce, bien qu'elle fût divisée en actions, et qu'elle parût être anonyme.

Page 29.

(1) *N'a point de raison sociale.* Le nom d'un associé commanditaire ne pouvant faire partie de la raison sociale, et tous les associés, dans la société anonyme, étant commanditaires, il s'en suit qu'elle ne peut avoir de raison sociale.

(2) Le nom des associés est indifférent, puisqu'aucun d'eux n'est responsable au-delà du montant de son ou de ses actions.

(3) *L'objet de l'entreprise.* Ainsi l'on dit *la Compagnie des ponts*, *la Banque de France*, *la Compagnie*, ou, ce qui est plus usuel, *la Chambre des Assurances.*

(4) *Est nécessairement divisé en actions.* Il paroît que la division en actions est de l'essence de la société anonyme. Le motif de cette disposition est vraisemblablement que cette espèce de société est en général sujette à d'assez graves inconvéniens, en ce qu'elle ne repose pour ainsi dire sur la tête de personne, qu'il n'y a conséquemment qu'une responsabilité très restreinte, etc. On ne l'a donc autorisée qu'à raison des avantages qu'elle présente, et dont le principal est de pouvoir associer les petites fortunes à de grandes entreprises : ce qui ne peut se faire que par le moyen d'actions, et même de coupons d'actions.

(5) Quand même ils seroient associés. Autre différence entre la société anonyme, et celle en commandite. Nous avons vu que, dans celle-ci, l'associé commanditaire qui gère, devient, par cela seul, indéfiniment responsable. Ici, l'associé gérant n'est considéré que comme un mandataire étranger. Mais il faut pour cela, que toutes les formalités requises aient été remplies. Autrement la société perdroit le caractère de société anonyme, deviendroit pure commandite, et alors les associés gérans seroient indéfiniment responsables.

(6) *A aucune responsabilité personnelle.* Quand ils traitent avec des tiers, pour et au nom de la société, ce ne sont pas eux qui contractent réellement; c'est la société qui est censée contracter par leur organe. Il en seroit autrement, s'ils avoient traité en leur nom, même pour les affaires de la société. Ils seroient alors seuls tenus envers les tiers, sauf leur recours contre la société.

(7) *Relativement aux dettes de la société*, envers

les tiers. Car, envers la société, ils sont obligés comme des mandataires le sont envers leurs commettans.

(8) *Qu'avec l'autorisation du gouvernement.* Cette disposition, particulière aux sociétés anonymes, est fondée sur ce que l'ordre public est en quelque sorte intéressé dans toutes sociétés qui se forment par actions, et qui, en conséquence, ne présentent, pour ainsi dire, aucune sûreté, soit aux actionnaires eux-mêmes, soit aux tiers qui ont à traiter avec l'association. « Trop sou-« vent des entreprises pareilles, a-t-on dit dans le « Conseil d'État, n'ont été qu'un piége tendu à la « crédulité des citoyens; et même, sans qu'il y ait eu « fraude, on a vu des associations, mal combinées dans « leur origine, ou mal gérées dans leurs opérations, « compromettre la fortune des actionnaires et des ad-« ministrateurs. » Il est donc nécessaire que l'autorité publique examine quel est le degré d'utilité de l'entreprise, et quels sont ses moyens de succès. De là la nécessité de l'autorisation préalable.

(9) *Que par acte public*, et avec minute. Nouvelle différence entre cette espèce de société et les deux précédentes. Elle est fondée sur ce que, dans la société anonyme, l'acte primitif ne peut être signé par les actionnaires, qui ne sont pas connus au moment où il est fait, et qui d'ailleurs changent à chaque instant. Il ne l'est ordinairement que par les principaux chefs, ceux qui ont obtenu l'autorisation de former l'entreprise. Or, d'après cela, s'il eût été sous seing-privé, on eût pu, à chaque instant, changer la condition des actionnaires; ou bien, il eût fallu autant de doubles que d'actions, et même que de coupons d'actions; ce qui eût été à peu près impossible. On a remédié à tout cela, en exigeant l'acte public.

(10) *Approuvé également par le Gouvernement.* Ainsi, il faut non-seulement que le Gouvernement au-

torise la société; il faut encore qu'il approuve l'acte qui en contient les clauses, afin de voir si elles ne renferment rien qui puisse surprendre la crédulité ou la bonne foi.

Page 30.

(1) *Avec l'acte d'association*, entier, et non pas un extrait comme dans les autres sociétés. La raison de différence vient de ce que, dans les autres sociétés, tous les associés connoissent, ou sont censés connoître l'acte de société, puisqu'ils l'ont tous signé. L'affiche n'est donc requise que dans l'intérêt des tiers. Il suffit donc d'y énoncer les clauses qui les intéressent. Mais dans la société anonyme, l'affiche a aussi pour but de faire connaître les clauses constitutives de la société, aux tiers qui voudroient acquérir des actions. Il faut donc afficher l'acte entier. Cette raison me porteroit à penser que, lorsque le capital de la société en commandite est divisé en actions, l'acte doit être pareillement affiché en entier.

(2) *De la société en participation.* C'est cette espèce de société que SAVARY, JOUSSE, et POTHIER, désignent sous le nom de *société anonyme*.

Page 31.

(1) *Et qui est seul leur obligé.* M. LOCRÉ, sur l'article 49, pense que les tiers peuvent avoir action contre l'associé en participation de celui avec lequel ils ont traité. J'ai cru devoir adopter l'opinion contraire, qui est celle de JOUSSE, dans son préambule sur le titre IV de l'Ordonnance, et de SAVARY, part. II, liv. I, chap. I. Ce qui m'a déterminé, c'est que le Code de Commerce a dispensé ces sortes de sociétés de toute espèce de publicité. Il semble qu'on doive en conclure qu'elles ne peuvent, en aucun cas, intéresser les tiers. Jugé dans ce sens en cassation, le 9 janvier 1821. (SIREY, 1822, prem. part. p. 77.)

(2) *Ou même par la preuve testimoniale.* Ainsi l'on peut prouver de cette manière, non-seulement l'existence de la société, mais encore que tels ou tels actes ont été faits pour le compte de la société. *Sic* jugé à Paris, le 15 mai 1811. (Sirey, 1812; 2e. part. pag. 146), et à Colmar, le 21 mai 1813. (*ibid.*, 1815, pag. 154.)

(3) *Si le Tribunal juge à propos de l'admettre*, et s'il n'y a pas d'acte écrit de la société. Car, s'il existe un acte, la preuve testimoniale ne peut être admise contre et outre le contenu dans l'acte. (*Art.* 41.)

Page 32.

(1) *Entre associés*, même en participation. *Sic* jugé et avec raison à Turin, le 26 février 1814. (Sirey, 1816; 2e part. pag. 80), et à Bruxelles, le 27 décembre 1810. (*Ibid.*, 1811; pag. 298.)

(2) *Entre associés*, observez que les décisions arbitrales ne peuvent valoir qu'entre les associés, et ne peuvent jamais être opposées aux tiers, qui n'ont pas même besoin d'y former tierce opposition. (*C. P.* 1022) *Sic* jugé à Paris, le 19 mars 1811. (Sirey, 1814; 2e p. pag. 156.)

(3) *Doivent être jugées.* La loi est impérative, tellement, que les Tribunaux ne pourroient retenir l'affaire, et sont absolument tenus de renvoyer devant des arbitres. *Sic* jugé en cassation, le 7 janvier 1818. (Bulletin, no 2.)

(4) *Par arbitres*, quand même les associés ne s'y seroient pas soumis, et quand même ils auroient stipulé le contraire. L'article, comme nous l'avons dit, est impératif; et toute stipulation contraire à la loi est nulle.

(5) *Sauf l'appel.* Pourroit-on appeler, si le principal du procès n'excédoit pas 1000 fr.? La raison de douter se tire de ce que les arbitres représentent ici les Tribunaux de Commerce, puisque l'appel de leurs jugemens se porte devant la Cour d'Appel (*Art.* 10.) Or, d'après l'article 646, l'appel des jugemens des Tribunaux de Commerce n'est pas admis, lorsque le principal n'excède pas la somme ou valeur de 1000 fr. Mais la raison de décider se tire de ce que, d'après l'art. 1023 du Code de Procédure, on peut appeler des jugemens arbitraux rendus sur des objets qui eussent pu être jugés en dernier ressort par les Tribunaux de première instance. Or, il y a ici la même raison.

L'appel des jugemens arbitraux est-il suspensif? Je pense qu'oui. Cela est de droit, toutes les fois que la loi ou le jugement n'a pas prononcé le contraire (*C. P.* 457.) Mais les arbitres pourroient-ils ordonner l'exécution provisoire de leurs jugemens? Je pense qu'ils le pourroient, d'après l'art. 439 du Code de Procédure, qui le permet aux Tribunaux de Commerce, et l'art. 1024 du même Code, qui déclare applicables aux jugemens arbitraux, les règles sur l'exécution provisoire des jugemens des Tribunaux.

Observez, au surplus, que si l'appel est rejeté, l'appelant est condamné à la même amende (10 fr.), que s'il s'agissoit du jugement d'un Tribunal ordinaire (*C. P. art.* 471 et 1025). Il en doit être de même par analogie, en cas de pourvoi.

(6) *Ou le pourvoi en cassation.* Ainsi, quand même les parties auroient renoncé à l'appel, elles pourront néanmoins se pourvoir en cassation, s'il y a ouverture. C'est une dérogation à l'art. 1028 du Code de Procédure, qui ne permet le recours en cassation que contre les jugemens des Tribunaux : dérogation fondée sur ce qu'ici l'arbitrage est forcé. Il paroît, au surplus, qu'on ne pourroit se pourvoir par requête civile contre ces sortes de jugemens, puisque l'article 52 ne donne

d'autre moyen d'annullation, que l'appel ou le pourvoi. C'est encore une dérogation à l'article 1026 du même Code.

Mais je ne pense pas que le législateur ait entendu abroger par là le moyen de nullité, autorisé par l'article 1028 du Code de Procédure.

(7) *N'ait été stipulée.* Observez, 1° que cette renonciation est favorable, puisqu'elle tend à abréger les procès, et qu'en conséquence elle peut avoir lieu dans tout le cours de l'instruction (*C. P.* 1010); 2° que si la difficulté est relative à la formation du Tribunal arbitral lui-même, il peut toujours y avoir lieu à l'appel. *Sic* jugé en cassation le 15 juillet 1818 (Sirey, 1819; prem. part. pag. 1.)

(8) *Le tuteur.* Ce mot prouve qu'il ne s'agit point ici de mineurs intéressés de leur chef et par eux-mêmes dans une société de commerce, en un mot, de mineurs faisant eux-mêmes le commerce. Car alors ils seroient majeurs pour les faits de leur commerce; il ne seroit pas question de tuteur; et ils pourroient renoncer valablement à l'appel, ainsi qu'au pourvoi. Il s'agit donc simplement de mineurs, héritiers, ou ayant-cause, d'un associé. C'est pour cela qu'il n'est pas dit dans l'article, *si des mineurs sont associés;* mais, *si des mineurs sont intéressés*, etc.

(9) *N'est sujet à opposition.* C'est la disposition de l'art. 1016 du Code de Procédure, qui est une conséquence de l'art. 113, portant que, lorsqu'il y a instruction par écrit, le jugement rendu sur les pièces de l'une des parties, faute, par l'autre, d'avoir produit, n'est pas susceptible d'opposition. L'on auroit pu, à la vérité, prétendre que l'art. 1016 n'est point applicable ici, en ce que cet article est relatif à l'arbitrage volontaire, qui est toujours censé contradictoire, puisque les deux parties ont dû nécessairement concourir à la no-

mination des arbitres; au lieu qu'ici, l'arbitrage est forcé, et qu'il peut arriver que les parties n'aient pas concouru à la nomination (*Art.* 55.) Mais on peut répondre, comme ci-dessus, que l'art. 52 ne donne que deux moyens pour attaquer les jugemens arbitraux, l'appel et le pourvoi. Il a donc conservé implicitement la disposition de l'art. 1016.

(10) *Ils sont nommés*. En quel nombre? L'art. 429 du Code de Procédure décide qu'il doit en être nommé un ou trois, c'est-à-dire toujours en nombre impair. Mais cet article parle d'arbitres convenus ou désignés d'office, non pour prononcer, mais pour donner leur avis sur l'objet du procès; et au titre *de l'Arbitrage*, la même disposition n'est pas répétée. J'en conclurai donc que le nombre des arbitres est à la volonté des parties; mais qu'il est plus prudent d'en nommer un nombre impair, pour ne pas être forcé de recourir à un tiers, en cas de partage.

(11) *Ou extrajudiciaire*. C'est-à-dire par un exploit. L'art. 1005 du Code de Procédure n'avoit pas consacré ce mode de nommer les arbitres. La raison en est simple. C'est que dans cet article, il s'agit de l'arbitrage volontaire qui ne peut avoir lieu que par une convention entre les deux parties; ce qui exclut l'idée d'une nomination par exploit : au lieu qu'ici l'arbitrage étant forcé, chaque partie peut nommer ses arbitres par acte séparé.

(12) *En justice*. Si, par exemple, la cause a été portée devant le Tribunal, et que le renvoi devant des arbitres soit ordonné, les parties, ou l'une d'elles, peuvent déclarer de suite devant le Tribunal, qui elles nomment pour arbitres; et la nomination est constatée par le même jugement qui ordonne le renvoi.

Le Code de Procédure, art. 1005, permet de nommer les arbitres par procès-verbal devant les arbitres

eux-mêmes. Le Code de Commerce a-t-il dérogé à cette disposition? Je le crois d'autant moins que, dans le commerce, tout se fait encore bien plus *ex æquo et bono*, que dans les affaires purement civiles. Et d'ailleurs, ne peut-on pas dire que ce procès-verbal, étant signé des parties, a tous les caractères d'un acte sous signature privée?

(13) *Sont nommés d'office*, bien entendu pour ceux qui ont refusé. Leur refus ne peut préjudicier au droit qu'ont les autres, de nommer eux-mêmes leurs arbitres. *Sic* jugé en cassation le 5 juin 1815. (Bulletin, n° 57); et le 9 avril 1816. (Bulletin, n° 24.)

(14) *Par le Tribunal de Commerce*, par lequel? Par celui du lieu du principal établissement de la société (*C. P. art.* 59.) Mais si la société est en participation, comme elle n'est pas censée alors avoir de principal établissement, il faudroit, dans ce cas, suivre la règle établie par l'art. 420 du même Code. *Sic* jugé en cassation le 14 mars 1810. (SIREY, 1810; 1re part. p. 207.) Et si la nomination est par défaut contre l'une des parties, elle a le droit d'y former opposition; et s'il y a appel, les arbitres ne peuvent procéder pendant l'appel, sous le prétexte que les jugemens des Tribunaux de Commerce sont exécutoires par provision. *Sic* jugé à Paris, le 25 mars 1813. (SIREY, 1816; 2e part. p. 86.)

Page 33.

(1) Dérogation à l'art 1007 du Code de Procédure. *Quid*, si les arbitres n'ont pas jugé dans le délai fixé? Leur pouvoir cesse, et les parties ont le droit d'en nommer d'autres. *Quid*, si elles n'en ont pas nommé? Je pense qu'on doit en induire une prolongation tacite du délai. On opposera peut-être à cette décision l'article 1012 du Code de Procédure, portant que le compromis finit par l'expiration du délai, et l'article 1028,

qui prononce la nullité du jugement rendu après le délai. Mais il faut observer que, dans ces deux articles, il s'agit de l'arbitrage volontaire. Les parties sont censées n'avoir renoncé aux voies ordinaires, et n'avoir consenti à être jugées par des arbitres, que sous la condition que le jugement seroit prononcé dans le délai déterminé par la convention, ou par la loi. La condition manquant, le consentement des parties est censé ne plus exister, et elles rentrent dans le droit d'être jugées par les Tribunaux. On ne peut faire ici le même raisonnement. Les parties ne sont pas maîtresses d'être jugées, ou non, par des arbitres. Le seul effet que peut produire l'expiration du délai, c'est de leur donner le droit de nommer d'autres arbitres. Si elles ne l'ont pas fait, et si elles ont laissé les arbitres prononcer, il semble qu'on doit leur supposer l'intention d'être jugées par les mêmes, et qu'elles sont non recevables à attaquer le jugement pour cette cause. Jugé dans ce sens à Riom, le 25 avril 1820. (SIREY, 1820; 2e part. p. 38.) Mais je ne dois pas dissimuler que le contraire vient d'être jugé en cassation. Arrêt du 12 avril 1823. (Bulletin, nº 43).

(2) *Ou être récusés.* L'art. 1014 du Code de Procédure porte que les arbitres ne peuvent être récusés, que pour cause survenue depuis le compromis. Cela devoit être ainsi dans l'arbitrage ordinaire, dans lequel les arbitres sont convenus entre les parties. Mais quand l'arbitrage est forcé, et que chaque partie peut nommer separément son arbitre, on doit, ce me semble, appliquer les dispositions de l'art. 378 du Code de Procédure, et permettre à une partie de récuser les arbitres de l'autre partie, pour les causes portées dans ledit article, et survenues même avant le compromis. Si cependant les arbitres ont été nommés en commun, nul doute que l'on ne doive appliquer l'art. 1014. Mais quand doivent-ils être récusés? M. LOCRÉ pense que l'on doit appliquer ici l'article 382 du Code de Procédure, portant que, dans les affaires en rapport, auxquelles on peut assi-

miler, suivant lui, celles en arbitrage, la récusation doit être proposée seulement avant que l'instruction soit achevée, et les délais expirés. Il me semble qu'il seroit plus conforme à l'esprit du Code de Commerce, et à la célérité qui doit régner dans l'expédition des affaires commerciales, d'appliquer les art. 309 et 383, et de décider que la récusation pour faits antérieurs à la nomination, doit être proposée dans les trois jours, après que cette nomination a été notifiée au récusant.

Les arbitres peuvent-ils être révoqués? Le Code de Procédure le permet expressément (*art.* 1008). Le Code de Commerce ne le défend pas. Il est donc certain qu'ils peuvent être révoqués. Mais ne peuvent-ils l'être que du commun consentement des parties, comme le porte l'art. 1008 précité? Cela devoit être dans l'arbitrage volontaire, où la nomination des arbitres est le résultat d'une convention, qui ne peut être détruite que par la réunion des mêmes consentemens qui l'ont formée. Mais quand l'arbitrage est forcé, et que les arbitres sont nommés séparément par chaque partie, il paraît naturel que chacune d'elles puisse révoquer les siens, tant qu'ils n'ont pas été admis par les autres parties. Il est bien entendu que l'admission tacite suffit, dans ce cas, pour empêcher la révocation. Ainsi, pour peu qu'il existe un fait d'où l'on puisse induire que la nomination des arbitres a été admise par toutes les parties, leur consentement mutuel devient nécessaire pour la révocation.

Nota. Il a été jugé, 1° à Bruxelles, le 30 mai 1810, (SIREY, 1816; 2e part. p. 84), que si tous les arbitres ont été nommés par le commun accord des parties, le décès de l'un d'eux donne lieu au renouvellement de tous: et en effet, il est possible que les autres aient été nommés en considération de l'arbitre décédé;

Et 2° en cassation, le 7 mai 1817. (SIREY, 1817; prem. part. pag. 247), que ces arbitres peuvent, le cas échéant, être pris à partie, comme les juges.

(3) *Continuent;* c'est-à-dire que l'on joint la portion du délai écoulée avant l'incident, au temps écoulé depuis le jugement du même incident. Tout le temps intermédiaire est censé non avenu.

(4) *Sans aucune formalité de justice :* sauf aux parties à exiger des récépissés, si elles le jugent convenable.

(5) *Sont sommées.* Dérogation à l'article 1016 du Code de Procédure, qui n'exige pas de sommation. On a pensé que des associés devoient avoir l'un pour l'autre plus de ménagement que des plaideurs ordinaires.

(6) *Sauf aux arbitres à proroger ce délai.* L'art. 1016 du Code de Procédure n'accordoit pas formellement ce droit aux arbitres.

Page. 34.

(1) *A moins que les parties n'en soient autrement convenues.* Jugé en cassation, le 16 juillet 1817 (*Sirey*, 1817; 1re *P. p.* 515), que cette convention ôte aux arbitres le caractère d'arbitres forcés pour leur donner celui d'arbitres volontaires, et qu'alors l'arbitrage est soumis aux règles ordinaires de la Procédure, et ce, quand même les arbitres auroient été, dans le principe, nommés par le tribunal, au refus des parties. *Sic* jugé à la même cour, le 15 juillet 1818. (*Sirey*, 1819; 1er *P. p.* 1).

(2) *Ils nomment un sur-arbitre.* Dérogation à l'art. 1017 du Code de Procédure, qui ne donne aux arbitres le droit de nommer le tiers, qu'autant qu'ils y sont autorisés par le compromis.

Page 35.

(1) *Dans le délai.* etc. Le Code de Commerce est

muet sur ce point. Mais j'ai cru devoir induire cette disposition de celle de l'art. 54.

(2) *Si tous les arbitres*, etc. Ainsi, quand même quelques-uns se réuniroient, s'ils ne se réunissent pas tous, il ne doit en entendre aucun. On a craint que son opinion ne fût déterminée par les raisons que pourroient alléguer les arbitres présens, et qui ne seroient point balancées par les raisons contraires.

(3) *Déposent la minute*, etc. Cette formalité s'appliqueroit-elle à un jugement préparatoire, par exemple, à celui par lequel les arbitres auroient ordonné une enquête, un interrogatoire, une expertise? L'affirmative résulte de l'art. 1021 du Code de Procédure.

(4) *Transcrit sur les registres*. Cette disposition est particulière à ces sortes d'arbitrages. Le Code de Procédure n'exige que le dépôt au greffe, et non la transcription. (*Art.* 1020). La raison de cette différence est probablement qu'ici, l'arbitrage étant ordonné par la loi, les arbitres ont en quelque sorte un caractère public.

(5) *En vertu d'une ordonnance du président*. La force publique, qui est chargée, en cas de résistance, de faire exécuter les jugemens, ne peut être mise en action que par les personnes revêtues du caractère compétent; c'est pour cela que l'on exige l'ordonnance du président.

Observez 1° que ce n'est qu'en vertu de cette ordonnance, que le jugement arbitral emporte hypothèque. (*C. C. art.* 2123); 2° que cette disposition ne s'applique qu'aux jugemens arbitraux rendus en matière de société. Dans toute autre affaire, même commerciale, c'est le juge civil qui doit rendre l'ordonnance d'*exequatur*. *Sic* jugé à Paris le 6 mars 1811 (*Sirey*, 1812; 2e *P. p.* 321), et à Riom, le 26 janvier 1810 (*Ibid.* 1812, *p.* 452). *Quid* si, même en matière de société, l'arbitrage devoit être réputé volontaire, *putà*,



si les arbitres étoient autorisés à juger comme amiables compositeurs? (Voyez ci-dessus la note (1) de la page 34). Je pense que, dans ce cas, l'ordonnance doit être rendue par le juge civil. Les parties sont restées dans le droit commun (*voir* SIREY, 1818; 2e *P. p.* 201).

Et 3° que les jugemens arbitraux doivent être enregistrés sur minute, avant d'être revêtus de l'ordonnance d'*exequatur*, et sans que l'on doive examiner si la condamnation est, ou non, fondée sur des conventions enregistrées, comme cela a lieu à l'égard des jugemens des tribunaux. *Sic* jugé en cassation le 5 août 1813 (SIREY, 1815; 1re *P. p.* 178).

(6) Mais remarquez que la sentence arbitrale est toujours par elle-même un jugement qui oblige les parties. L'ordonnance n'est nécessaire que pour l'exécution, de sorte que, si le jugement étoit tel qu'il ne fût pas susceptible d'une exécution active, l'ordonnance seroit inutile; par exemple, s'il renvoyoit de la demande, dépens compensés.

Il résulte de là que l'on n'a pas besoin d'ordonnance, quand on ne se sert de la sentence arbitrale que par voie d'exception.

Page 36.

(1) *S'ils ont jugé après l'expiration des délais*, et nonobstant la nomination d'autres arbitres. Ce correctif est conséquent à ce que j'ai dit dans la note (1) de la page 33.

(2) *Sans avoir conféré*, etc. A moins qu'ils n'aient été sommés, et qu'ils n'aient refusé. Car alors il peut juger seul. Je pense que le jugement du sur-arbitre seroit également nul, s'il n'étoit pas conforme à l'un des avis des autres arbitres.

(3) *Par opposition.* Cette opposition est toujours recevable, tant que l'exécution du jugement n'est pas

consommée. L'art. 157 du Code de Procédure ne peut recevoir ici d'application. Il ne peut y avoir d'avoué constitué; il faut donc appliquer les art. 158 et 159 du même Code. En conséquence, si le jugement a reçu un commencement d'exécution, l'opposition n'est plus recevable.

Observez que s'il s'agit d'un compte, et que le jugement soit attaqué pour erreur de calcul, omission, faux emploi, ou double emploi, c'est devant les mêmes arbitres que l'on doit se pourvoir, conformément à l'art. 541 du Code de Procédure. *Sic* jugé en cassation le 28 mars 1815 (*Bulletin n°* 21).

Page 37.

(1) Par conséquent, ils n'ont pas besoin d'y former tierce opposition. On auroit pu douter si cet article du Code de Procédure est applicable ici, parce que l'arbitrage étant forcé, les arbitres sont, en quelque façon, les juges de la loi. Mais on peut répondre qu'ils ne sont tels qu'à l'égard des associés: que d'ailleurs ils sont, ou peuvent être nommés par les parties, et qu'on ne peut obliger les tiers de reconnoître des jugemens émanés d'individus qui n'ont, par rapport à eux, aucun caractère public.

(2) *Contre les associés*, et non entre les associés. Celles-ci ne se prescrivent que par trente ans. La raison de différence est, que les recouvremens et les comptes respectifs entre associés, peuvent entraîner un laps de temps considérable, au lieu qu'il n'est pas probable que des créanciers d'une société de commerce dont la dissolution a été rendue publique, restent dans l'inaction pendant plus de cinq ans.

(3) *Non liquidateurs*. L'associé non liquidateur qui ne connoît pas sa situation sociale, ne peut rester exposé indéfiniment à l'action des créanciers. Il a dû croire d'ailleurs que le liquidateur paieroit avec les deniers provenant de ses recettes: et si le créancier eût fait des pour-

suites, l'associé eût été prévenu, par-là, du défaut de paiement de la part du liquidateur, et il eût pu prendre ses précautions à ce sujet. Au surplus, la loi, en introduisant cette prescription de cinq ans, à l'égard de l'associé non liquidateur exclusivement, a fait connoître par cela seul, qu'elle entendoit laisser subsister le droit commun à l'égard de l'associé liquidateur. Il ne pourra donc opposer aux créanciers de la société que les prescriptions ordinaires; il n'a pas en sa faveur les mêmes raisons que les non liquidateurs; il n'a pu ignorer quelle étoit la situation de la société; que les créanciers n'étoient pas payés, etc. Mais alors, si le liquidateur paie après les cinq ans, aura-t-il son recours contre les non liquidateurs? L'affirmative ne me paroît pas douteuse : et il paroît que telle a été l'intention du Conseil d'État. (*Voyez* M. Locré, *sur l'art.* 64). Mais, dira-t-on, c'est rendre la disposition de l'article illusoire. La prescription de cinq ans deviendra inutile aux associés non liquidateurs, puisque les créanciers, qui ne pourront agir, à la vérité, contre eux, de leur chef, les poursuivront du chef des liquidateurs. Je réponds que cela est bien différent. Si les créanciers agissoient de leur chef, les associés non liquidateurs ne pourroient leur opposer que les exceptions inhérentes à la dette, ou qui seroient personnelles aux créanciers eux-mêmes. Mais quand ceux-ci agissent du chef des liquidateurs, ils sont passibles en outre des mêmes exceptions que les liquidateurs eux-mêmes. Si donc ces derniers ont, par exemple, reçu des fonds suffisans pour payer, et qu'ils ne l'aient pas fait, comme ils ne pourroient, dans ce cas, exercer de recours contre les non liquidateurs, les créanciers ne pourront pas en exercer davantage. En un mot, l'action des créanciers dépendra, dans ce cas, du compte à faire entre les associés liquidateurs et les non liquidateurs, compte dont la balance peut être à l'avantage de ces derniers; et alors l'action des créanciers n'aura aucun effet.

(4) *Pendant cinq ans.* Cette prescription court-elle contre les mineurs? Court-elle, en cas de faillite de la société? M. Locré, sur ledit art. 64, prétend que la négative a été décidée sur ces deux points au Conseil d'État. Le même auteur prétend également qu'il a été décidé que ces cinq ans ne courroient contre chaque créancier, que du jour de sa liquidation particulière. Mais cela me paroît trop formellement contraire au texte même de l'article.

(5) *Héritiers et ayant cause*, même mineurs, et ne faisant pas profession de commerçant. Dérogation à l'art. 1013 du Code de Procédure, qui décide implicitement que le compromis est annullé par le décès de l'une des parties, laissant des héritiers mineurs. Toujours la même raison; c'est qu'ici l'arbitrage est forcé. Mais s'il s'élève une question préjudicielle sur la qualité d'héritier, il est évident qu'elle n'est pas de la compétence du tribunal de commerce, ni conséquemment des arbitres dont il est parlé ici : les parties doivent donc être renvoyées sur ce point au tribunal civil, sauf à revenir, s'il y a lieu, au tribunal de commerce, après la décision du tribunal civil.

(6) Pour connoître ces délais, voyez les art. 795 et 798 du Code Civil.

Page 38.

(1) *Voyez* l'Ordonnance du Commerce, Tit. II.

(2) On appelle aussi *Bourse*, le lieu destiné par le Gouvernement pour cette réunion.

(3) *Par les agens de change et courtiers*; chacun pour ce qui le concerne.

(4) *Voyez* notamment l'Ordonnance du Préfet de Police du 2 thermidor an 9, art. 16, et l'Arrêté des

Consuls du 27 prairial an 10 (*Bulletin n° 1740*), art. 24, 25 et 26.

Observez qu'aux termes de l'art. 419 du Code pénal, tous ceux qui, par des faits faux ou calomnieux, semés à dessein dans le public, par des sur-offres faites aux prix que demandoient les vendeurs eux-mêmes, par réunions ou coalitions entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée, tendant à ne la pas vendre, ou à ne la vendre qu'à un certain prix; ceux qui, par des voies ou moyens frauduleux quelconques, auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises, ou des papiers et effets publics, au-dessus ou au-dessous des prix qu'auroit déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce, sont punis d'un emprisonnement d'un mois au moins, et d'un an au plus, et d'une amende de 500 fr. à 10,000 fr. Les coupables peuvent de plus être mis par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de la haute Police, pendant deux ans au moins, et cinq ans au plus.

La peine est d'un emprisonnement de deux mois au moins, et de deux ans au plus, et d'une amende de 1000 fr. à 20,000 fr., si ces manœuvres ont été pratiquées sur des grains, grenailles, farines, substances farineuses, pain, vin, ou autre boisson. La mise en surveillance qui pourra être prononcée dans ce cas, sera de cinq ans au moins, et de dix ans au plus. (*Ibid. art.* 420).

Les paris faits sur la hausse ou la baisse des effets publics, sont punis des peines portées par l'article 419. (*Ibid. art.* 421).

Sont réputées paris de ce genre, toutes conventions de vendre ou de livrer des effets publics, qui ne seront pas prouvés par le vendeur, avoir existé à sa disposition au temps de la convention, ou avoir dû s'y trouver au temps de la livraison. (*Ibid. art.* 422).

Page 40.

(1) *Ne peuvent être.* Ainsi, s'ils ne le sont pas, ils ne peuvent le devenir. S'ils le sont, ils doivent cesser leurs fonctions.

(2) *Par suite de leurs fonctions.* On a jugé, 1° à Paris, le 29 messidor an 12, (SIREY, 1814, 2e P., p. 152), que la non livraison, par un agent de change, d'effets publics qu'il s'est obligé de livrer, constitue un fait de charge.

Et 2°, en cassation, le 7 mai 1816 (SIREY, 1817, 1re P., p. 53), que le privilège de ceux qui ont obtenu des condamnations contre les agens de change, prime celui que le trésor public peut exercer à raison des amendes prononcées contre eux.

Page 41.

(1) *D'avoir un livre.* Ce livre fera-t-il foi en justice? Non, à moins qu'il ne soit signé des parties (*art.* 109) : mais au moins il pourra fonder une présomption; et en le comparant avec les livres des parties, si elles en ont, il pourra prouver l'existence du marché. Si cette existence est d'ailleurs prouvée, le livre de l'agent de change peut servir à en faire connoître les caractères et les conditions.

Page 42.

(1) *Pour leur compte.* Comme les fonctions d'agent de change mettent celui qui en est revêtu à portée de connoître quelles sont les places sur lesquelles les lettres de change sont plus rares et plus demandées, un agent de change qui feroit en même temps la banque, pourroit prendre pour son compte toutes les lettres de change qui se trouveroient pour ces places, et les revendre en-

suite, aux prix qu'il voudroit, à ceux qui en auroient besoin.

De même, si un courtier faisoit le commerce pour son compte, il prendroit pour lui les marchés avantageux qui pourroient se rencontrer, etc.

Mais il faut, pour qu'il y ait contravention, que l'opération soit vraiment, pour ce qui concerne l'agent de change ou le courtier, une opération de commerce ou de banque. Si donc un agent de change tire une lettre de change sur son débiteur, ou en prend une sur un lieu où il en a besoin pour ses propres affaires, il n'est pas en contravention. Il faut pour cela qu'il en fasse trafic. SAVARY, *Parere 48*, pense même que l'agent de change, à l'ordre de qui une lettre est passée, n'est pas en contravention, quand même il ne l'auroit prise que pour employer son argent (ce qui est peut être aller un peu loin), mais qu'il est coupable, s'il l'endosse ensuite au profit d'un autre, parce que, dans ce cas, il y a vraiment négociation.

Remarquez, au surplus, qu'il s'agit ici d'une simple prohibition, qui soumet l'agent et le courtier contrevenans aux peines portées par la loi, et non d'une véritable incapacité qui annulleroit l'opération. En effet, il y a si peu nullité, que l'on a jugé en Cassation, le 15 mars 1810 (SIREY, 1810, 1re P., p. 241.), que celui qui a traité avec un courtier ou un agent de change, ne peut argumenter des dispositions de la loi, pour se dispenser de satisfaire à ses obligations; et cela s'applique, à plus forte raison, à l'agent lui-même (SAVARY, *Parere précité*). Autrement son délit lui seroit avantageux. Or, *nemo ex delicto suo debet consequi emolumentum*.

(2) *Recevoir ni payer*. Je ne crois pas qu'il faille entendre cela à la lettre. Il y a en effet beaucoup de circonstances dans lesquelles ceux qui négocient, désirent rester inconnus. D'ailleurs, l'art. 13 du Réglement de l'an 10 suppose que l'agent qui est chargé d'acheter

pour un tiers, doit avoir reçu, préalablement, de ce tiers, l'argent nécessaire pour payer ce qu'il achète. Je pense donc qu'il faut entendre ces mots, *recevoir ni payer*, dans le sens qu'un agent de change ne peut avoir un compte courant avec ses commettans, être chargé, en général, de recevoir et de payer pour eux. C'est une opération de banque qui lui est défendue. Mais je crois que, s'il est chargé de vendre un effet, il peut en recevoir le montant pour le vendeur. S'il est chargé d'acheter, il peut et doit également recevoir les fonds d'avance de l'acquéreur, et par conséquent payer pour son compte. Jugé à Bruxelles les 29 janvier et 31 juillet 1811, que le payement fait au courtier qui a négocié une lettre de change, emporte libération (SIREY, 1812, 2e P., p. 105).

(3) *Ni se rendre garans* : donc il ne peut donner d'aval. On présume, dans ce cas, qu'il est intéressé dans le marché. On ne garantit pas ordinairement une opération de commerce, sans y avoir un intérêt.

(4) *De l'exécution des marchés.* Mais il peut se rendre garant de la vérité des signatures. Il est même, de droit, civilement responsable de la vérité de la dernière signature des effets qu'il négocie (*Arrêté du 27 prairial an* 10, *art.* 14); et s'il s'agit de rentes sur l'État, il est également responsable de droit, et pendant cinq ans, de l'identité du propriétaire, de la vérité de sa signature et des pièces produites. (*Ibid. art.* 16).

(5) Mais ils peuvent, à Paris, se faire remplacer dans quelques-unes de leurs fonctions, par un commis principal, agréé par la compagnie, et révocable à la volonté, tant de l'agent qui l'a nommé, que de la compagnie. Ces commis opèrent pour, au nom, et sur la signature de l'agent de change; en cas d'absence ou de maladie, ils transmettent, chaque jour, les ordres qu'ils ont reçus des particuliers, à celui de ses collègues fondé

de sa procuration. Mais ils ne peuvent faire aucune négociation pour leur compte, ni signer aucun bulletin ou bordereau (*Art.* 27 et 28 *de l'Arrêté susdaté*).

Page 43.

(1) Observez que ceci est une règle d'ordre, et qu'on n'a pas entendu établir une prescription.

(2) *Comme banqueroutiers* frauduleux (*Motifs du Code pénal*). D'après les défenses qui leur sont faites, ils n'ont pas dû s'exposer à des chances. Ils ne peuvent donc alléguer ni malheur, ni même une simple imprudence. Cependant il faut distinguer ; toute faillite de leur part est bien réputée banqueroute frauduleuse, dans le sens qu'elle est punie des travaux forcés à temps, comme le seroit la banqueroute frauduleuse d'un particulier. Mais s'il y a réellement fraude de leur part, ils sont punis des travaux forcés à perpétuité. (*Code pénal*, *art.* 404).

Page. 45.

(1) *Ont seuls le droit de faire.* Il n'est pas dit ici, comme plus bas, *pour le compte d'autrui*, parce que les effets dont il s'agit, ne sont négociables que par le ministère des agens de change. Ceux mêmes à qui ils appartiennent, ne peuvent les négocier eux-mêmes ; au lieu que les lettres de change, billets, ou autres effets de commerce, peuvent être négociés directement par le propriétaire : mais un autre qu'un agent de change, ne peut les négocier pour le compte d'un tiers. Ainsi, je veux mettre sur la place deux lettres de change, l'une à mon ordre, et l'autre à celui de Jean. Je puis négocier la première, seul, et sans agent de change : mais je ne puis négocier la seconde, que par le ministère d'un agent.

(2) *Seuls*, exclusivement aux courtiers.

Page. 46.

(1) *Garder le secret le plus inviolable.* C'est d'après ce principe qu'il a été jugé à Paris le 27 mai 1810 (*Sirey*, 1811 ; 2e *P.*, *p.* 25),

1° Que les agens de change peuvent poursuivre, en leur nom, l'exécution des négociations qu'ils ont faites pour leur cliens.

2° Que, *vice versâ*, ils sont personnellement responsables du prix des effets publics qu'ils ont achetés par commission.

3° Enfin, que le défaut de paiement de ce prix, est un fait de charge pour lequel leur cautionnement est affecté par privilége.

Page. 47.

(1) *Avec autorisation du Gouvernement.* Mais cette autorisation n'est nécessaire que dans les villes où il y a tout à la fois, agens de change et courtiers de différentes espèces. Dans celles où il n'y a que les uns ou les autres, le cumul est de droit. (*Avis du Conseil d'Etat du 3 prairial an* 10).

(2) Je n'ai pu trouver nulle part la raison de cette prohibition.

(3) *Seuls*, exclusivement aux agens de change.

Page 48.

(1) Ont-ils le droit exclusif de négocier ces sortes de marchés ? Je serois porté à le croire, d'après les dispositions générales de la loi, et l'art. 4 de l'Arrêté du 27 prairial an 10.

(2) *Conducteurs.* Il ne faut pas prendre ce mot dans le sens qu'on lui donne ordinairement, comme dans

cette phrase, *un conducteur de voiture*. C'est le *conductor* des Latins, c'est à-dire celui *qui prend à loyer*, parce que ce sont eux qui font les marchés d'affrètement ou de louage des navires. Mais en ont-ils le droit exclusif? je le pense, d'après la note précédente. On peut cependant objecter contre cette opinion, que l'article dit *qu'ils font le courtage des affrètemens*, sans ajouter le mot *seuls*; tandis qu'une ligne plus bas, le même article dit : *ils ont seuls le droit de traduire*. D'où l'on conclut, par la règle, *inclusio unius est exclusio alterius*, que le mot *seuls* se trouvant dans la seconde partie et non dans la première, il ne paroît pas qu'on ait voulu leur donner de droit exclusif pour le courtage, comme on le leur a donné pour les traductions. Mais on peut répondre que ce droit étant le résultat des dispositions générales de tous les règlemens relatifs au courtage, il étoit inutile de répéter à chaque instant la même disposition. Il suffisoit de dire qu'ils étoient courtiers; c'étoit dire suffisamment qu'ils avoient le droit exclusif de faire toutes les opérations relatives au courtage. Mais les traductions des actes n'étant pas une conséquence des fonctions de courtiers, il falloit bien, si l'on vouloit leur donner le droit exclusif de les faire, l'exprimer d'une manière formelle.

Au surplus, quand nous disons qu'ils ont le droit exclusif du courtage, nous n'entendons pas dire que les propriétaires de navires ne peuvent pas fréter ou donner à loyer leurs navires directement et par eux-mêmes, mais que, s'ils veulent se servir d'un intermédiaire, ils sont obligés de prendre un courtier. C'étoit la disposition de l'art. 14, titre VII, liv. I de l'Ordonnance de la Marine. Cette observation s'applique également aux courtiers d'assurances.

(3) *De traduire*. Aux termes de l'art. 4, tit. VII, liv. I de la même ordonnance, ces traductions ne font foi que, lorsque l'interprète qui les a faites, est convenu entre les parties, ou nommé par le juge. On peut

tirer argument, en faveur de cette opinion, de l'art. 1335 du Code Civil, nº 2.

(4) Donc entre commerçans, et dans les affaires non contentieuses, on peut se servir du truchement qu'on juge à propos. Mais dès que le service des douanes est intéressé, quand même l'affaire ne seroit pas contentieuse, on est tenu d'employer un courtier interprète.

Page, 49.

(1) Il faut bien se garder de confondre ces courtiers avec les commissionnaires de roulage. Le courtier de transport est celui qui négocie le marché entre le propriétaire des effets à transporter, et le commissionnaire de roulage.

Page. 51.

(1) *Aucune obligation personnelle.* Il y a cependant des exceptions à ce principe. Ainsi, en fait de lettre de change, celui qui tire pour le compte d'un tiers, n'en est pas moins personnellement obligé. (*Art.* 115). Il en est de même en matière d'assurance. Dans l'usage du commerce, l'assureur ne connoît que celui qui fait le contrat, commissionnaire ou non, soit qu'il ait dit, ou non, qu'il agissoit pour le compte d'autrui, soit qu'il ait nommé, ou nom, la personne pour le compte de laquelle il agit. Il en est de même à l'égard de l'assureur qui est toujours personnellement obligé, quand même il auroit déclaré agir pour le compte d'une personne dénommée. Cet usage est attesté par ÉMÉRIGON, *Traité des Assurances*, chap. V, sect. IV et V. Il est probablement fondé sur la célérité requise en pareil matière, qui, le plus souvent, ne permet pas de vérifier si les pouvoirs sont en règle; et sur ce que la plupart du temps, la personne pour le compte de laquelle on déclare assurer ou faire assurer, est entièrement étrangère au port, et n'y a aucun crédit.

(2) Ils pourroient agir aussi contre le commettant, mais du chef du commissionnaire seulement, et comme le représentant (*C. C. art.* 1166); en sorte que, s'il ne lui étoit rien dû par le commettant, ils n'auroient aucune action contre ce dernier; et s'il lui étoit dû quelque chose, ils ne pourroient y participer que contributoirement avec les autres créanciers. Si au contraire, il s'agissoit d'un engagement contracté par un facteur ou préposé, le commettant en seroit tenu directement et en son nom, comme nous le verrons chap. III.

Page 52.

(1) Ces commissionnaires sont aussi quelquefois chargés d'acquérir des lettres de change, pour les faire passer à leurs commettans. Mais alors, ils doivent avoir soin de ne pas les faire faire à leur ordre, parce qu'ils seroient obligés de les passer au profit de leurs commettans, par un endossement; et par là, ils deviendroient, comme endosseurs, solidairement responsables du paiement. Ils doivent donc, dans ce cas, faire faire la lettre à l'ordre de leur commettant.

Page 53.

(1) *Aux commissionnaires vendeurs.* Il faut entendre par là tout dépositaire chargé de vendre, quand même il ne feroit pas habituellement la profession de commissionnaire. *Sic* jugé en Cassation le 25 avril 1816 (SIREY, 1816, 1re P., p. 275).

(2) *Un privilége.* Ce privilége pouvoit-il être réclamé par le commissionnaire acheteur? c'est-à-dire le commissionnaire qui a acheté des marchandises pour le compte d'un individu, a-t-il privilége sur ces marchandises pour le prix d'achat?

Si les marchandises sont encore entre ses mains, je crois qu'il peut les retenir, *quodam pignoris jure*; (ar-

gament tiré du Code Civil, art. 1948). Voir un arrêt de Bruxelles, dans SIREY, 1811, p. 117. Mais s'il les a expédiées, pourra-t-il user de la revendication dans les mêmes cas où elle est accordée au vendeur par l'article 141 du Code de Commerce? La question a été jugée pour l'affirmative, en Cassation, le 14 novembre 1810 (SIREY, 1811, p. 37), sur le fondement que le commissionnaire qui a traité en son nom personnel, est obligé personnellement à l'égard du vendeur, et qu'en payant le prix, il est subrogé au privilége de ce dernier, conformément à l'art. 1251 du Code Civil, n° 3.

Il est à remarquer que la Cour de Colmar avoit refusé ce privilége, et que son arrêt a été cassé par celui dont il s'agit.

On ne peut se dissimuler que cette interprétation ne soit très favorable, en ce qu'elle tend à protéger le commerce, dont la commission est un des moyens vivificateurs. Mais je pense néanmoins que l'arrêt de Colmar ne pouvoit être cassé comme ayant contrevenu à l'art. 1251 du Code Civil. En effet, en examinant l'espèce, et en la réduisant à son véritable point, il est clair qu'il ne pouvoit y avoir subrogation.

J'ai défini la subrogation dans mon cours de Code Civil, *le changement de créancier sans novation de la dette.* Cette définition est, quant au sens, absolument la même que celle donnée par Renusson, *de la subrogation*, chap. 1er, n° 10; et par Dumoulin qui, dans son traité *de usuris*, n° 276, définit la subrogation, *transfusio unius creditoris in alium.* Il ne peut donc y avoir subrogation, que quand les droits d'un créancier contre son débiteur sont transférés à une autre personne, qui devient alors créancière de ce même débiteur. Il faut donc, pour qu'il y ait subrogation, que le débiteur reste le même, et qu'il n'y ait que le créancier de changé. Maintenant établissons l'espèce dans laquelle a été rendu l'arrêt de Colmar.

Pierre mande à Paul d'acheter un objet appartenant à Jacques. Paul, sans faire mention de son mandat,

achète l'objet désigné, en son propre et privé nom. Que résulte-t-il de cette opération? Il résulte que Jacques a acquis une créance, et, pour sûreté de cette créance, un privilége sur la chose vendue. Mais contre qui peut-il exercer cette créance, et le privilége qui en est l'accessoire? Est-ce contre Pierre? non sans doute, puisqu'il ne le connoît pas, et qu'il n'a traité en aucune manière avec lui. Il n'a traité qu'avec Paul; c'est Paul qui est son seul et unique obligé. Par conséquent, lorsqu'il reçoit de Paul son paiement, il est impossible qu'il le subroge dans ses droits et actions contre Pierre, puisqu'il n'en a jamais eu contre ce dernier; en un mot, pour qu'il y ait subrogation, il ne suffit pas qu'il y ait changement de créancier, il faut encore que la dette et le débiteur soient toujours les mêmes, et, par conséquent, qu'il n'y ait pas novation. Toutes ces conditions existent-elles dans l'espèce? il est évident que non. Dans le principe, quelle étoit la dette? quel étoit le débiteur? la dette étoit celle de Paul envers Jacques, pour raison du prix de l'objet vendu. Le débiteur seul et unique étoit Paul. Après le paiement quelle est la dette? c'est celle de Pierre envers Paul, résultant de l'exécution du mandat qui lui a été donné. Quel est le débiteur? c'est uniquement Pierre. Il y a donc non-seulement changement de créancier, mais encore changement de dette et changement de débiteur. Il ne peut donc y avoir subrogation: car il répugne que Jacques subroge Paul à une action qu'il avoit uniquement contre le même Paul.

Et ce qui prouve que, dans l'espèce, Paul étoit le seul et unique obligé envers Jacques, c'est qu'il étoit devenu, par la vente, seul et unique propriétaire de l'objet vendu. Pierre avoit à la vérité, contre lui, l'action directe du mandat, pour le forcer de lui rétrocéder l'objet acheté. Mais cette rétrocession est une véritable revente de la part de Paul, sur la tête duquel la propriété a reposé depuis l'époque de la première vente jusqu'à celle de la seconde. Pour faire mieux sentir la vérité de ce principe, et les conséquences qui en résultent, supposons que l'objet

du mandat soit un immeuble. Il est constant que du moment de la première vente faite à Paul en son propre et privé nom, il est devenu seul et unique propriétaire de l'objet vendu, d'où il résulte,

1° Que si, par suite de l'action du mandat; il délaisse cet objet à Pierre, ce sera une véritable rétrocession qui entraînera mutation de propriété, et conséquemment un second droit d'enregistrement.

2° Que si les biens présens et à venir de Paul étoient frappés d'une hypothèque générale, l'immeuble ne pourra passer à Pierre qu'avec la charge de cette même hypothèque.

3° Que si le même objet a été hypothéqué spécialement par Paul, antérieurement à la revente, l'hypothèque sera valable, et donnera au créancier le droit de suivre l'immeuble dans les mains de Pierre.

4° Que Jacques pourroit agir, à la vérité, contre Pierre, mais seulement par le droit de suite résultant du privilége; d'où il suivroit que Pierre pourroit se libérer à son égard, en délaissant l'immeuble : tandis que Paul, étant obligé personnellement envers Jacques, ne seroit pas admis au délaissement.

Voudra-t-on insister et dire que Jacques n'a pu subroger, à la vérité, Paul dans un droit personnel qu'il n'avoit pas contre Pierre, mais qu'ayant, par suite de son privilége, le droit de revendiquer la chose en toutes mains, dans les termes prescrits par le Code de Commerce, ce droit a pu être transmis à Paul par une subrogation conventionnelle et légale? Mais ne voit-on pas que le privilége de la revendication accordé au vendeur, n'est qu'un simple accessoire de l'obligation personnelle contractée envers lui; que toute obligation personnelle, dans l'espèce, est éteinte par le paiement fait à Jacques, ainsi que nous venons de l'établir; et qu'il répugneroit à tous les principes que l'accessoire subsistât après l'extinction de l'obligation principale.

De tout cela, il faut donc conclure que mal à propos l'on a appliqué à l'espèce dont il s'agit le n° 3 de l'article



1251 du Code Civil. Mais résulte-t-il également de là que la Cour de Colmar avoit pu refuser le privilége au commissionnaire? non : mais c'est sous un autre rapport que la question doit être envisagée.

En effet, nous venons d'établir que, par la première vente faite à Paul, ce dernier étoit devenu seul et unique propriétaire de l'objet vendu, et que cette propriété n'a pu passer à Pierre que par l'effet d'une seconde vente à lui faite par le commissionnaire Paul. Or, si ce principe est vrai, comme nous croyons l'avoir démontré, il s'ensuit que Paul étoit réellement vendeur à l'égard de Pierre, et qu'il pouvoit conséquemment exercer contre lui le droit de revendication accordé au vendeur, par les art. 576 et 577 du Code de Commerce.

Mais *quid*, si, dans la même espèce, Paul avoit acheté au nom et comme mandataire de Pierre, et qu'il eût expédié les marchandises, après les avoir payées de ses propres deniers? pourroit-il revendiquer? Je pense qu'il seroit difficile de lui accorder ce droit.

D'abord il ne l'auroit pas, dans le système de la Cour de Cassation, puisque l'art. 1251 n'accorde la subrogation qu'à celui qui est lui-même obligé, et qui a intérêt d'acquitter la dette. Or, dans l'espèce, Paul ayant traité comme mandataire, et dans les termes de son mandat, n'avoit contracté aucune obligation personnelle.

On ne peut pas dire d'ailleurs qu'il est vendeur, puisque, dans l'espèce, il n'y a eu qu'une seule et même opération dans laquelle Pierre est censé avoir acheté directement de Jacques par le ministère de Paul.

Je ne vois donc pas de moyen de lui accorder de privilége. Il est vrai que ce cas est rare, et que le plus souvent, dans le commerce, les commissionnaires achètent en leur nom, parceque les vendeurs, qui ne connoissent qu'eux, qui n'ont ordinairement aucune relation avec les commettans, ne se soucient pas d'avoir avec ces derniers aucune discussion d'intérêts.

Je sais bien que l'art. 159 du Code de Commerce accorde la subrogation légale à celui qui paie une lettre de

change pour un autre, sans y être obligé; mais il y a, pour ce cas, une raison particulière, qui n'existe pas dans l'espèce. Le défaut de paiement d'une lettre de change, à son échéance, peut faire le plus grand tort au crédit d'un négociant: et l'on a voulu prévenir cet inconvénient, en accordant la subrogation, pour engager les tiers à acquitter les lettres de change. Le même motif n'existe pas ici. Le défaut de paiement d'une facture n'entraîne pas le même résultat. Ce paiement n'ayant pas d'échéance fixe, peut être retardé sans inconvénient: et d'ailleurs la facture n'étant pas un effet négociable, ne mérite pas la même faveur que la lettre de change. Je pense donc en dernière analise, qu'il seroit sans doute très-utile pour le commerce que le commissionnaire eût un privilége dans ce cas, mais que cela ne pourroit avoir lieu qu'en vertu d'une décision législative, et que, dans l'état actuel des choses, il seroit difficile de l'en faire jouir.

Voyez, sur cette question, SIREY, Décisions, 1811, p. 131.

(3) *De leurs avances*; quand même ces avances auroient précédé l'expédition des marchandises, si toutefois elles ont été faites dans la vue de ladite expédition. Cassation, 23 avril 1816 (SIREY, 1816, 1re Part., p. 275).

(4) Il faut qu'elles soient sorties des mains du propriétaire.

(5) Ces dispositions sont: qu'il y ait un acte public ou sous seing-privé, duement enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure.

Cependant ces conditions ne sont exigées qu'en matière excédant la valeur de 150 fr.

Lorsque ces formalités n'ont pas été observées, dans les cas où elles sont requises, la créance peut bien exister, mais le privilége n'a pas lieu.

Page 54.

(1) Le privilége accordé ici au commissionnaire est un droit exorbitant, et qui déroge formellement aux dispositions de l'art. 2074 du Code Civil. On a bien voulu cependant l'établir en faveur des entreprises de commission, qui sont d'une très-grande utilité dans le commerce. Mais il est évident que le motif d'utilité n'existe qu'à l'égard des négocians éloignés, qui ont besoin d'avoir des personnes de confiance, dans les lieux où ils expédient des marchandises; et qu'il cesse, lorsque le propriétaire des marchandises et le commissionnaire demeurent dans le même endroit. Pourquoi le premier ne garderoit-il pas ses marchandises chez lui? Et si l'on accordoit, dans ce cas, le privilége, ne seroit-ce pas faciliter, à ceux qui voudroient prêter sur nantissement, les moyens d'échapper aux dispositions du Code Civil; dispositions qui n'ont d'autre but que d'empêcher, en cas de faillite, le concert frauduleux qui pourroit exister entre un débiteur de mauvaise foi, et quelques-uns de ses créanciers vrais ou simulés?

(2) *Au nom et pour le compte du commettant.* Je crois qu'il en seroit de même, quand le commissionnaire les auroit vendues en son propre nom.

Page 55.

(1) *L'expéditeur* : c'est-à-dire, celui qui envoie les objets. Ainsi, dans un transport de marchandises, on distingue ordinairement quatre personnes : *l'expéditeur*, qui envoie les marchandises; *le commissionnaire de roulage*, qui se charge de les faire transporter; *le voiturier*, qui les transporte; et *le consignataire*, à qui elles sont adressées.

(2) *Se forme par la lettre de voiture;* cependant avec cette distinction, qu'entre l'expéditeur et le voitu-

rier, quand il n'y a pas de commissionnaire, ou entre le commissionnaire lui-même et le voiturier, le contrat se forme presque toujours par une lettre de voiture; au lieu qu'entre l'expéditeur et le commissionnaire, il se forme par une convention particulière, qui ne préjudicie en rien aux stipulations contenues dans la lettre de voiture que le commissionnaire remet au voiturier. C'est pour cela que nous disons dans le texte que le marché se forme entre l'expéditeur, ou le commissionnaire et le voiturier; et non pas, comme le dit l'art 101, entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier; car, encore une fois, lorsqu'il y a un commissionnaire, la lettre de voiture forme bien contrat entre lui et le voiturier, mais elle n'a que peu ou point d'effet à l'égard de l'expéditeur, qui est lié envers le commissionnaire par le contrat particulier qu'il a passé avec lui.

(5) Le défaut de date, ou des autres énonciations requises, donneroit-il lieu à la nullité de la lettre? La loi ne la prononce dans aucun cas. Le tout est laissé à l'arbitrage du juge.

Page 56.

(1) *De celui à qui elle appartient*, quand même le commissionnaire ou le voiturier auroit été choisi par le vendeur. L'acquéreur pouvoit les désigner lui-même, ou stipuler que la chose seroit livrée à son domicile. S'il ne l'a pas fait, il est censé s'en être rapporté, à cet égard, au vendeur, qui est regardé comme son mandataire pour cet objet, et qui, en conséquence, n'est tenu qu'autant qu'il auroit commis quelque faute ou négligence dans le choix du voiturier. *Sic* jugé à Metz, le 16 février 1816 (SIREY, 1819, 2e P., p. 68).

Page 57.

(1) *Et autres dépenses accessoires :* tels que les frais de péage, ou de réparations occasionnées par le vice de la chose, ou par force majeure.

(2) *Dont ils sont saisis.* Donc, s'ils ont remis les objets, ils n'ont plus de privilége.

(3) *Ou qu'ils ne prouvent.* Remarquez, 1° que le voiturier est tenu de toute faute, et que la présomption est contre lui, en sorte que, s'il y a avarie, ce n'est pas au propriétaire des effets à prouver qu'il y a eu faute de la part du voiturier; c'est à celui-ci à prouver qu'il y a eu force majeure, ou vice de la chose.

2° Que le voiturier peut être tenu, même du cas fortuit, quand l'accident a été précédé d'une faute qui y a donné lieu : si, par exemple, il a voyagé de nuit, n'ayant pas d'ordre exprès pour cela, et qu'il ait été volé la nuit, il est tenu de la perte.

3° Que les voituriers, bateliers, ou leurs préposés, qui altèrent des vins, ou toute autre espèce de liquide ou de marchandise, dont le transport leur a été confié, et qui commettent cette altération par le mélange de substances malfaisantes, sont punis de la peine de la réclusion.

S'il n'y a pas eu mélange de substances malfaisantes, la peine est un emprisonnement d'un mois à un an, et une amende de 16 à 100 fr. (*Code pénal*, *art.* 387.)

4° Que la peine de la réclusion est également prononcée par l'art. 386 du même Code, contre les mêmes personnes, quand elles ont volé tout ou partie des choses qui leur étoient confiées pour être transportées.

Page 58.

(1) *A eux ou à leurs préposés*; pourvu que ces personnes soient préposées à la réception des effets, et se trouvent dans le lieu où se fait cette réception. Car si elles étoient préposées à un autre objet, *putà*, au transport, comme un voiturier, le commissionnaire ou l'entrepreneur ne seroit pas tenu. Voir un arrêt de cas-

sation du 5 mars 1811. (*Jurisp. du Code Civil*, T. 16. p. 195.)

(2) *C'est ordinairement le tiers.* L'on a jugé à Pau, le 25 février 1813, que l'on ne devoit s'en rapporter à la stipulation contenue dans la lettre de voiture, que lorsque le retard étoit peu considérable. *Secùs*, les juges peuvent arbitrer les dommages-intérêts (SIREY, 1814, 2e P., p. 206). *Id.* en cassation, le 6 décembre 1814 (*Ibid.* 1815; 1re P., p. 177), et à Metz, le 16 février 1816. (*Ibid.* 1819; 2e P., p. 68).

(3) *Tel que de droit* : il est possible qu'il n'ait pas de recours, par exemple, si l'avarie ou le retard proviennent de son fait.

Page 59.

(1) *Accompagnée du paiement.* Il faut le concours des deux circonstances, réception des marchandises, et paiement du prix de la voiture. En effet, tous les jours il arrive qu'un négociant reçoit des marchandises, qu'il n'a pas le temps de vérifier à l'instant. Il fait ensuite procéder légalement à la vérification. Si elles se trouvent avariées, il peut, s'il n'a pas payé le transport, exercer son recours.

(2) *Sans préjudice des cas de fraude ou d'infidélité*, dans lesquels l'action ne se prescrit que par les délais ordinaires. Jugé en cassation, le 4 juillet 1816 (SIREY, 1817 ; 1re P., p. 300), que cette prescription n'est pas applicable au transport d'effets appartenant à des personnes non commerçantes.

Page 60.

(1) Quoique le Code ne parle point de cette espèce d'action, néanmoins, comme elle est d'un usage assez

fréquent dans le commerce, j'ai cru devoir faire connoître les principes qui la concernent, d'après les lois romaines, et nos anciens usages.

Page 62.

(1) Mais si la qualité de la personne préposée est indifférente, quant à l'action des tiers contre les commettans, elle ne l'est pas, quant à l'action du commettant contre le préposé lui-même. En effet, le mineur et la femme mariée ne pouvant s'obliger que sous les conditions requises par les lois qui les concernent, il en résulte qu'à défaut de ces conditions, le commettant n'a d'action contre eux que, *quatenùs locupletiores facti sunt.* (*C. C. art.* 1312 et 1990.)

(2) *Quid*, si le commettant est mort, les faits du préposé, quoique postérieurs à son décès, obligent-ils sa succession? D'abord, l'affirmative n'est pas douteuse, si le décès est ignoré de ceux qui ont traité avec le préposé, puisque, dans les affaires civiles ordinaires, ces actes seroient obligatoires à l'égard des héritiers. (*C. C., art.* 2009.)

Mais la faveur du commerce a fait décider que l'action institoire pourroit être exercée dans ce cas contre la succession du commettant, quand même le décès seroit connu des deux parties, et quand même les héritiers seroient mineurs (*L.* 17, § 3. *ff. de Instit. act.*). Et, en effet, comme c'est la succession qui doit tirer tout l'avantage de l'opération, il est juste qu'elle soit tenue des engagemens. D'ailleurs, même dans les affaires civiles, le mandataire est tenu d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure. (*C. C., art.* 1991.) Or, cette raison s'applique dans toute sa force aux opérations commerciales. Il seroit presque toujours grandement préjudiciable aux intérêts d'une succession, de suspendre tout-à-coup un commerce, ou une entreprise en pleine activité. Si

donc l'on assujétit le préposé à continuer la gestion, il faut bien décider en même temps que la succession est tenue de ses engagemens.

Quid, si le fait du préposé est postérieur à l'acceptation de la succession? L'héritier, en général, est tenu, tant qu'il n'a pas révoqué le préposé, et rendu publique la révocation. (*L.* 11 *eodem.*)

Mais observez que, pour que l'action soit donnée contre le commettant, il faut, qu'à l'époque où il a préposé la personne dont le fait donne lieu à l'action, il ait été lui-même capable de s'obliger. Si donc il étoit alors mineur, l'action ne seroit donnée contre lui, qu'autant qu'il auroit dès lors rempli les conditions et formalités exigées par l'article 2 du Code de Commerce, pour être réputé majeur. Autrement, il ne seroit tenu des faits du préposé que, *quatenùs locupletior factus esset.* (*L. L.* 9, 10 et 11, § 1 *eod.*)

Ceci ne contredit pas les principes que nous venons d'établir relativement aux engagemens contractés par le préposé, pendant la vacance de la succession, échue même à un mineur. En effet, dans ce dernier cas, on suppose que la commission a été donnée valablement par celui de la succession duquel il s'agit. En la donnant, il s'est obligé à ratifier et à exécuter tous les engagemens que contracteroit le préposé. Cette obligation fait partie des charges de la succession; et la minorité de l'héritier ne le dispense pas d'en être tenu, quand il accepte. Dans notre espèce, au contraire, la commission n'a pas été donnée valablement, puisque nous supposons que le commettant étoit incapable de s'obliger. Il ne peut donc y avoir, de sa part, obligation présumée d'exécuter les engagemens du préposé : et s'il en est tenu, quand il en a profité, c'est par suite de ce principe de droit naturel, que *nemo debet locupletari cum alterius jacturâ.*

Page 63.

(1) Cette loi disant que le commettant n'est tenu des engagemens contractés par celui que le préposé s'est substitué, qu'autant qu'il les a ratifiés, décide, par-là même, qu'il n'en est pas tenu, s'il ne les ratifie pas.

Mais il faut remarquer que, dans ce cas, celui qui a traité avec le substitué, n'a pas, à la vérité, l'action institoire contre le commettant, mais qu'il l'aura contre le préposé, qui devient lui-même commettant à l'égard de celui qu'il s'est substitué. (*Pauli sententiarum*, *lib. II*, *tit.* 8, § *ultim.*)

(2) Mais elle est en même temps solidaire; et en cela elle diffère du simple cautionnement. Si le commettant n'étoit que caution, il pourroit opposer le bénéfice de discussion aux tiers qui viendroient réclamer contre lui l'exécution des engagemens consentis par son préposé; c'est-à-dire qu'il pourroit, en remplissant certaines formalités, exiger d'eux qu'ils discutassent préalablement les biens du préposé, et qu'ils ne revinssent l'attaquer, qu'en cas d'insuffisance de ces mêmes biens. (*C. C.*, *art.* 2021 *et suiv.*) Mais comme, ainsi que nous l'avons dit, il est censé retirer toute l'utilité des actes faits par le préposé, il doit être tenu des engagemens, comme s'il les avoit contractés lui-même.

Page 64.

(1) *Ou les auroit employés à son usage particulier.* Mais il faut toujours excepter le cas de fraude. Si donc il étoit notoire que la cause déclarée n'existoit pas, ou si la somme empruntée excédoit considérablement celle qui, d'après toutes les règles de la vraisemblance, pouvoit être employée à l'objet énoncé dans le

contrat, le juge pourroit très-aisément présumer un concert frauduleux entre l'emprunteur et le préposé, et refuser au premier tout recours contre le commettant. (*L.* 7 *in princip.*, et § 2 ff. *de exercit. act.*)

(2) *En même temps qu'il oblige son commettant.* Mais, dans ce cas, le commettant pourroit-il réciproquement exiger des tiers, directement, et en son nom, l'exécution des contrats qu'ils ont passés avec son préposé? Les lois romaines décidoient qu'il ne le pouvoit pas *stricto jure*, mais que, *ex æquitate*, l'action devoit lui être donnée, en cas d'insolvabilité du préposé. (*L.* 1 *in fin. L.* 2, *ff. de Instit. act.*). Il n'y a pas de doute que cette décision ne doive être admise dans notre droit.

Mais prenez garde que j'ai dit, *exiger directement et en son nom*, parce qu'il ne pouvoit être douteux que le commettant, que nous supposons, dans l'espèce, créancier de son préposé, ne pût, en cette qualité, et du chef de son débiteur, exercer tous les droits de ce dernier. (*C. C. art.* 1166.) Mais il y auroit cette différence, que si le commettant n'agissoit que du chef de son préposé, il n'auroit de droit sur ce qui pourroit revenir à ce dernier, que comme tout autre créancier; et, en cas de déconfiture, il seroit obligé de venir à contribution; au lieu que, s'il agit directement et en son nom, il prend pour lui seul tout le profit de l'action, sans être tenu de le partager avec les autres créanciers.

Page 67.

(1) *Les achats et ventes*, et en général tous les contrats entre commerçans, et ayant trait au commerce, pourvu cependant que la loi n'exige pas un genre de preuve particulier, comme dans le contrat d'assurance.

Nota. La Cour de Cassation a jugé, le 5 février 1812, (SIREY, 1812, 1re P., p. 228) que cette disposition

devoit être restreinte aux achats et ventes. Mais elle a jugé le contraire par ses arrêts du 1er août 1810 (*Ibid.* 1813, p. 453), et du 11 novembre 1813 (*Ibid.* 1815, p. 197).

(2) *Ou sous-seing privé.* Ces actes ont-ils date certaine à l'égard des tiers ? Oui, sauf le cas de fraude.

(3) *Signés par les parties.* Dérogation à l'ancien usage, d'après lequel les agens de change et courtiers avoient foi et serment en justice. (*Arrêt du Conseil du* 24 *septembre* 1724, *art.* 27.) Aujourd'hui il faut en outre la signature des parties.

(4) *Par les livres des parties.* On a même jugé à la Cour d'Appel de Paris, le 8 décembre 1808, que les livres du commissionnaire, chez lequel étoient déposées les marchandises vendues depuis le dépôt et sans déplacement, pouvoient faire foi de la vente.

(5) *Si le Tribunal juge à propos de l'admettre.* Ainsi le tribunal n'est pas forcé d'admettre cette preuve, comme il est forcé d'admettre les autres. *Quid* à l'égard des présomptions ? D'abord le tribunal doit admettre les présomptions légales, sauf la preuve contraire dans les cas où elle est admise. Quant aux autres présomptions, comme aux termes de l'art. 1353 du Code Civil, les tribunaux peuvent les admettre dans tous les cas où la preuve testimoniale est admissible, et qu'elle l'est dans toutes les affaires commerciales, il s'ensuit que les juges de commerce peuvent, dans toute affaire, faire usage des présomptions non établies par la loi. *Sic* jugé en cassation, le 1er août 1810 (*Jurisprudence du Code Civil.* 15. 397).

Page 68.

(1) *Voyez* l'Ordonnance du commerce, tit. V.

(2) *Contre une somme équivalente.* Il est rare, cependant, que la somme soit la même, surtout si la lettre de change est tirée de France sur l'étranger, ou *vice versâ.* Il y a presque toujours une différence, fondée sur la hausse ou la baisse du change.

Pour se former une idée précise et exacte du change et de ses variations, il faut savoir qu'on entend par *change*, le commerce d'argent qui se fait de place en place, par le moyen des lettres de change, en donnant de l'argent dans une ville, et recevant une lettre ou pouvoir pour en retirer la valeur dans une autre ville. L'opération du change est extrêmement utile aux négocians, qui, sans cela, seroient obligés, quand ils ont de l'argent à faire passer dans une place, de l'envoyer par des voitures, et par conséquent de payer les frais, et de courir les risques du transport. Ainsi, je dois faire passer 1000 écus à Lyon : au lieu de les envoyer en espèces par la messagerie, je tâche de trouver un négociant à qui il soit dû 1000 écus à Lyon. Je lui remets mes 1000 écus. Il me donne une lettre de change de pareille somme sur son débiteur de Lyon. J'envoie cette lettre par la poste à mon correspondant en cette place, qui touche l'argent, et en fait l'usage convenu entre nous. Cette opération, comme l'on voit, évite deux transports : celui de l'argent que j'aurois dû faire passer à Lyon, et celui de l'argent que le débiteur de Lyon auroit été obligé d'envoyer à Paris. Mais comme il seroit difficile à un particulier, et même à un simple négociant, de connoître, au moment du besoin, les personnes qui ont de l'argent à envoyer ou à recevoir dans telle place, l'on s'adresse à des agens connus pour négocier ces sortes d'opérations, que l'on nomme *banquiers*, et qui, moyennant un droit de commission, fixé par les usages du commerce à tant pour cent, se chargent de procurer des lettres de change sur les différentes places.

C'est en raison de cette utilité du change, que la lettre de change qui en est le principal moyen, jouit



d'une très-grande faveur dans le commerce. Mais pour que les priviléges accordés par la loi à cette espèce d'actes, aient lieu, il faut qu'il y ait réellement change, c'est-à-dire remise d'argent de place en place. Autrement, le motif de la faveur n'existant plus, la faveur doit cesser. Tel est le fondement de plusieurs dispositions du présent titre, qui, sans cette observation, paroîtroient peut-être singulières.

Quant à la hausse ou à la baisse du change, elle provient de deux causes. La première est la différence d'aloi dans les monnaies. En effet, un souverain peut bien augmenter la valeur relative des monnaies courantes du pays qu'il gouverne, sans en augmenter la valeur réelle. Ainsi, l'on pourroit, à la rigueur, dire en France, par exemple, que la pièce, actuellement de cinq francs, en vaudra six. Mais comme cette loi ne peut avoir d'effet, que dans le pays pour lequel elle est faite, il s'ensuit qu'on n'y aura point d'égard dans les autres pays, et qu'on n'y donnera pas plus d'argent pour avoir une quantité quelconque des nouvelles pièces de six francs, qu'on en donnoit auparavant pour avoir la même quantité de pièces de cinq francs.

La seconde cause de la variation du change vient du plus ou moins d'abondance d'argent dans les deux pays, et du plus ou moins de rareté des lettres de change sur la même place; ce qui tient à des idées d'économie politique que nous ne pouvons développer ici.

Quoi qu'il en soit, il est certain qu'il y a un point où une quantité de monnaie d'un pays représente réellement telle quantité de monnaie d'un autre pays, considérée indépendamment de la variation du change. Pour faire entendre ceci, supposons, par exemple, que 100 marcs *banco* de Hambourg représentent réellement, et en valeur intrinsèque, 188 francs de France. Toutes les fois qu'en donnant 188 francs à Paris, je pourrai me procurer une lettre de change de 100 marcs sur Hambourg, on dira que le change est au pair. Si je suis obligé d'en donner 190, on dira que le change

de Paris sur Hambourg est haut. Si je puis avoir la même lettre pour 186 francs, on dira qu'il est bas. Cet exemple suffira pour faire connoître ce que c'est que la variation du change, et la différence qui se trouve souvent entre la somme donnée pour avoir la lettre de change, et celle qui doit être payée par celui sur qui elle est tirée.

Page 69.

(1) J'ai suivi en cela l'avis DE LA SERRA, chap. V, et de POTHIER, n° 51. Il est fondé sur ce qu'autrement il n'y auroit pas de sûreté dans le commerce de banque, attendu qu'une personne, après être convenue d'un change avec un banquier qui auroit pris ses mesures en conséquence, viendroit ensuite se désister de la convention, parce qu'elle auroit trouvé à traiter à meilleur prix, ou bien parce que le change seroit venu à baisser dans l'intervalle. Mais je pense qu'il faut excepter avec LA SERRA, le cas où le donneur auroit juste sujet de craindre que la lettre ne fût pas acquittée, et que son recours contre le tireur ne devînt inutile, à cause du mauvais état des affaires de celui-ci. (*Argum. tiré de l'art.* 1653 *du Code Civil*). Il en seroit de même à l'égard du tireur qui auroit donné terme pour le paiement de la valeur, et qui pourroit refuser la lettre, s'il avoit juste sujet de craindre de n'être pas payé par le donneur. (*Ibid. art.* 1613).

(2) Mais il y a cette différence que mon obligation est de donner, et la vôtre est de faire; d'où résultent des effets différens, ainsi que nous le verrons par la suite.

Pourroit-on prouver le contrat de change par témoins? Oui, si le tribunal le juge ainsi. (*Art.* 109). Mais prenez bien garde qu'il s'agit du contrat de change en lui-même, c'est-à-dire de la convention de fournir des lettres de change à tel taux; car la lettre de change elle-même ne pourroit être suppléée par la preuve testimoniale.

(3) *Que de le recevoir à Lyon.* Quelquefois celui qui fournit la lettre de change, n'a pas d'intérêt à faire passer de l'argent dans un lieu plutôt que dans un autre, par exemple, si c'est un banquier. Mais il a toujours un intérêt à fournir la lettre de change, puisqu'il lui est dû pour cela le droit de commission dont il a été question dans une des notes précédentes.

(4) *Une des principales différences :* parce qu'il en est d'autres non moins remarquables.

Dans le prêt, l'on ne rend jamais moins qu'on n'a reçu ; dans le change, on peut rendre moins, d'après le cours du change, la rareté des espèces, etc.

Le prêt doit, à moins de convention contraire, être rendu dans le lieu où il a été fait ; la remise de place en place est de l'essence du contrat de change.

Il est de l'essence du prêt, que l'emprunteur reçoive et rende ensuite ; il est possible que le tireur ne reçoive la valeur de la lettre qu'après qu'elle a été acquittée, etc., etc., etc.

Page 70.

(1) La lettre de change s'appelle aussi *traite* ou *remise*. Elle est *traite*, considérée par rapport au tireur ; et *remise*, considérée par rapport à celui à qui elle est fournie, et qui en remet la valeur dans un lieu, pour la renvoyer dans un autre.

(2) Et la lettre de change ne seroit plus qu'un simple mandat. C'est le résultat de ce que nous avons dit dans la note (2) de la page 68. En conséquence, les dispositions relatives à la lettre de change ne seroient plus applicables ; il n'y auroit pas lieu à la contrainte par corps, si les signataires n'étoient pas négocians : le délai ne seroit plus fatal ; la prescription de cinq ans ne pourroit plus être opposée : la personne qui auroit donné le mandat, pourroit le révoquer, former opposition à son

exécution, etc., et cela, quand même la lettre porterait ces mots, *par cette présente lettre de change :* comme aussi, quand ces mots n'y seroient pas, ce n'en seroit pas moins une lettre de change, si toutes les conditions nécessaires étoient observées. *Plus valet quod actum, quàm quod dictum intelligitur.* (*Voyez* SAVARY, *Parères* 102, 105, *et* 107)

Page 71.

(1) SAVARY, Parère 20, et partie I, liv. III, chap. X, prétendoit même, mais à tort, que ces sortes d'actes ne pouvoient jamais devenir lettres de change. Mais observez que, dans ce cas, le tireur, quoiqu'ayant endossé la lettre, ne pourroit réclamer le bénéfice accordé aux endosseurs ordinaires par l'art. 168. L'endossement fait par lui, ne fait que suppléer l'indication qu'il aurait dû faire dans la lettre de change elle-même, de celui au profit duquel elle est tirée, et n'empêche pas qu'il ne doive être regardé uniquement comme tireur, et sujet, en cette qualité, à l'action indéfinie du porteur, s'il n'a pas fait provision.

(2) *Les femmes et filles*, même majeures et usant de leurs droits. L'incapacité tient au sexe. Et, en effet, un des avantages des lettres de change, est de rendre ceux qui les ont négociées, contraignables par corps. Or, d'après l'art. 2066 du Code Civil, les femmes et les filles non marchandes ne sont pas susceptibles de cette contrainte.

(3) Il faut donc qu'elles soient négocians ou marchandes publiques, pour être capables du contrat de change. Un simple fait de commerce isolé ne leur donneroit pas cette capacité.

(4) *A leur égard.* Ainsi la nullité du contrat de change est établie uniquement dans leur intérêt. Les

autres personnes intervenues dans la négociation ne peuvent en tirer avantage; et par conséquent, l'acte conserve, à leur égard, tous les caractères d'une lettre de change. Cependant M. LOCRÉ, sur les art. 113 et 114, paroît penser que, si c'est le tireur qui est incapable, et que la lettre de change ne soit pas acceptée, elle est nulle en entier, de sorte qu'elle ne vaudroit pas comme lettre de change, même à l'égard de l'endosseur. Je ne partage pas cette opinion. Il n'y a pas, à la vérité, de contrat de change entre le tireur et le preneur. Mais comme, entre le preneur et celui au profit duquel il endosse, il se forme un second contrat de change, un troisième entre le premier et le second endosseur, et ainsi de suite, et que ces contrats sont censés intervenus entre personnes capables, on ne voit pas pourquoi ils ne subsisteroient pas à leur égard, ainsi que paroissent le porter textuellement les art. 113 et 114.

(5) *Comme simple promesse*. Par conséquent elle ne les rend pas justiciables des Tribunaux de Commerce, contraignables par corps, ni passibles des dispositions des lois commerciales. Mais remarquez que, pour que la lettre de change vaille, même comme simple promesse, à l'égard de la femme non marchande, il faut qu'elle ne soit pas mariée, ou, si elle l'est, qu'elle soit autorisée de son mari ou de justice. Autrement, l'acte seroit entièrement nul à son égard. (*C. C. art.* 225).

(6) Il en est de même de l'interdit, et de celui à qui il a été donné un conseil judiciaire.

(7) *Est nulle*. Ainsi, à l'égard du mineur, elle ne vaut pas même comme une simple promesse. Le mineur, même émancipé, ne peut emprunter sans autorisation du conseil de famille.

(8) C'est-à-dire, devant les Tribunaux civils. Comme

nous ne le supposons pas commerçant, il ne peut être justiciable des Tribunaux de Commerce.

(9) La restitution n'a pas lieu en vertu du contrat, qui est nul, mais d'après la règle d'équité, qui ne veut pas que personne s'enrichisse aux dépens d'autrui.

Page 73.

(1) Mais remarquez que, dans ce cas, aux termes de l'art. 1121 du Code Civil, celui au profit de qui la lettre est tirée, n'est pas partie au contrat, au moins jusqu'à ce qu'il ait déclaré vouloir en profiter ; jusque-là, le contrat existe uniquement entre le tireur et le donneur de valeur ; et il peut être résolu par le concours de leurs deux seules volontés.

Page 74.

(1) *Avec les formes légales.* Si une lettre est tirée de l'étranger, et payable en France, ou *vice versâ*, quelles formes devra-t-on suivre? Pour la forme de la lettre, il faut suivre l'usage du lieu d'où elle est tirée ; mais pour ce qui concerne le paiement et les autres effets, il faut se conformer aux lois du pays où elle est payable. (*Voyez* SAVARY, *Parère* 51). Jugé ainsi à Trèves, le 28 avril 1809.

Page 75.

(1) *Une somme d'argent.* J'ai entendu proposer la question suivante : Le donneur de valeur devient-il propriétaire, par le seul fait de la lettre ou du contrat de change, de la somme que le tireur peut avoir entre les mains du tiré, de manière que la saisie-arrêt faite par un créancier du tireur, postérieurement à la date de la lettre de change, mais avant l'acceptation, soit nulle et de nul effet ? L'affirmative ne me paroît pas douteuse. Il est cer-

tain qu'en délivrant la lettre de change, le tireur cède au donneur la créance qu'il a droit d'exercer contre le tiré. A la vérité, dans les cas ordinaires, une pareille cession n'auroit d'effet à l'égard des tiers, qu'après qu'elle auroit été signifiée au débiteur. Mais comme ce principe du droit civil ne s'applique pas aux effets de commerce, il en résulte que, dans l'espèce, le donneur devient, à l'égard des tiers, propriétaire de la somme due par le tiré, par le seul fait de la délivrance de la lettre, comme le cessionnaire d'une créance ordinaire le deviendroit par la signification du transport; avec cette différence cependant, que, dans ce dernier cas, le cessionnaire devient propriétaire, même à l'égard du débiteur, qui ne peut plus se libérer entre les mains du cédant, tandis qu'en fait de lettre de change, tous les paiemens faits de bonne foi par le tiré avant la présentation de la la lettre, sont valables, et ne peuvent être contestés. Cependant le contraire paroît avoir été jugé à Toulouse, le 17 avril 1821. (SIREY, 1822; 2.e p., p. 2.)

(2) *Quid*, si toutes ces formalités n'ont pas été observées? La lettre sera nulle, ou ne vaudra que comme promesse, suivant les circonstances.

(3) *Le montant de la valeur fournie.* S'il n'y avoit pas de valeur fournie, il n'y auroit pas de contrat de change, mais un simple contrat de prêt, dans lequel le preneur seroit l'emprunteur, le tireur seroit le prêteur, et le change, s'il y en avoit eu de payé, seroit l'intérêt; ce qui dénatureroit le contrat.

De ce qu'il est nécessaire qu'il y ait eu une valeur fournie, il résulte que ces expressions, d'ailleurs peu usitées, *valeur en moi-même*, *valeur entendue*, ne suffiroient pas pour constituer une véritable lettre de change. *Sic* jugé en cassation le 28 juillet 1813. (*SIREY*, 1815; 1re *P.*, *p.* 126).

Ces mots, *valeur en moi-même*, signifient que le tireur est créancier de celui sur qui il tire la lettre, et

qu'il entend que le montant de ladite lettre acquittée vienne en déduction de sa créance. Mais comme ils n'indiquent pas qu'il ait été fourni aucune valeur par celui au profit de qui la lettre est tirée, ils ne peuvent remplir le vœu de la loi. (SAVARY, *Parère* 35). Mais il a été jugé avec raison à Turin, le 31 mars 1813 (*SIREY*, 1814; 2ᵉ *P.*, *p.* 181), que cette indication étoit suffisante, lorsque la lettre étoit à l'ordre du tireur, qui, en l'endossant en suite, avoit indiqué l'espèce de valeur reçue.

Quant aux mots *valeur entendue*, comme ils ne signifient autre chose, sinon que la valeur n'a pas été fournie, ils portent avec eux la preuve de leur inefficacité. Cependant quelques auteurs pensent que cette énonciation pourroit être déclarée valable suivant les circonstances. Il en est de même de ces mots, *valeur entre nous*.

(4) Ce qui s'exprime ainsi; *valeur reçue comptant*.

(5) Ce qui s'exprime de cette manière: *valeur reçue en marchandises*.

(6) La valeur, *en compte*, a lieu lorsque le tireur est débiteur du preneur d'une somme plus forte que le montant de la lettre. Alors on dit, *valeur reçue en compte*, ou simplement, *valeur en compte*; ce qui signifie que le tireur a porté dans son compte avec le preneur, le montant de la lettre, en déduction de ce qu'il doit à ce dernier, ou en d'autres termes, a débité le preneur de ce montant.

(7) *Ou de toute autre manière*. Par exemple, *valeur en fermages*, *en une créance sur telle personne*, *en son billet*. Cette dernière énonciation indique que le preneur n'a pas payé comptant le montant de la lettre, mais qu'il a en fait un billet à terme. Il faut observer, dans ce dernier cas, que la propriété de la lettre de change n'est censée transmise au preneur, que du mo-

ment que le billet fait par lui a été acquitté ; et qu'à défaut de paiement, le tireur peut revendiquer la lettre, et saisir les fonds entre les mains de l'accepteur. (*C. C. art.* 1654). Mais LA SERRA remarque avec raison, chap. V, que le tireur n'a cette faculté qu'à l'égard du preneur, et tant que la lettre est restée entre ses mains; mais que, si elle a été passée au profit d'un tiers, il ne peut se dispenser de la faire payer, sauf son action contre le preneur, en paiement du billet. Il en est, en effet, dans ce cas, de la lettre de change, comme d'une marchandise qui ne peut plus être revendiquée pour défaut de paiement du prix, dès qu'elle est sortie des mains de l'acheteur. J'ajoute qu'il faut en outre les deux conditions suivantes, pour que la revendication ait lieu :

La première, que le billet porte formellement : *valeur reçue en une lettre de change de telle somme sur telle personne;*

Et la seconde, que la lettre de change porte également : *valeur reçue en son billet de telle somme.* Si ces deux indications n'existoient pas, rien ne prouveroit que le montant de la lettre a été fourni en un billet et que le billet représenté est précisément celui qui a été donné en paiement de la lettre.

Quid, si l'on n'a pas exprimé en quoi la valeur a été fournie, par exemple, s'il est dit simplement, *valeur reçue d'un tel.* On décidoit, dans l'ancien droit, que la lettre de change étoit nulle, et que celui au profit de qui elle étoit tirée, n'en étoit pas propriétaire ; en un mot, que ce n'étoit qu'un simple mandat, révocable à la volonté du tireur, ou de ses créanciers. (SAVARY, *Parère* 46). Je crois qu'il en seroit de même aujourd'hui, aux termes de notre article, qui exige impérativement que l'on exprime en quoi la valeur a été fournie. Cependant il a été jugé à Aix, le 9 février 1815 (*SIREY*, 1816; 2e *P.*, *p.* 94), et à Angers, le 2 août 1816 (*ibid.* 1818; *p.* 115), que le défaut d'énonciation de la valeur pouvoit être suppléé par les registres du preneur. Mais la Cour de Cassation a jugé, le 24 juin

1812 (*ibid.* 1812; 1re *P.*, *p.* 338), qu'en matière d'endossement, ce qui est la même chose, le porteur n'était pas recevable à prouver, autrement que par l'endossement, de quelle manière la valeur a été fournie : et je crois ce dernier arrêt plus conforme aux principes de la matière.

Toutefois, il faut remarquer avec SAVARY, (*ibid*), que la nullité n'existe qu'entre le tireur et le preneur ou ses ayant-cause, mais non à l'égard de celui auquel l'ordre auroit été passé par un endossement régulier, et pour une valeur exprimée. Dans ce cas, la propriété de la lettre est censée transférée par l'endosseur, non pas en qualité de propriétaire, puisqu'il ne l'est pas, mais comme mandataire du propriétaire, ainsi que nous le verrons plus bas, (*Note* (9) *de la page* 80). Cette observation s'applique à tous les cas où la valeur fournie n'est pas exprimée, ou l'est d'une manière insuffisante.

Remarquez aussi que toutes les fois que le contrat de change est nul, l'acte, quoique ne pouvant être qualifié *lettre de change*, est néanmoins un titre suffisant pour donner au porteur le droit d'exiger du tireur le remboursement de ce qui lui a été payé.

Page 76.

(1) *S'il y a remise d'un lieu dans un autre.* Quelle distance doit-il y avoir entre les deux places ? Il est évident qu'on n'a rien pu fixer à cet égard. C'est aux tribunaux à juger par les circonstances, si les parties ont voulu éluder la loi par une remise simulée, et s'il y a lieu d'appliquer l'art 112.

Est-il nécessaire que les deux places soient villes de commerce ? Non. C'est pour cela que le Code s'est abstenu de se servir du mot *place*, et y a substitué le mot *lieu*. Mais il est certain que la supposition sera présumée plus aisément, si c'est le lieu où la lettre de change doit être payée, qui n'est pas place de commerce. (POTHIER, *n*° 55).

Quid, si la lettre est tirée d'un lieu sur un autre, mais que par l'acceptation, elle soit indiquée payable dans le même lieu que celui d'où elle a été tirée? De droit strict, cette circonstance est indifférente. L'acte a eu, dans le principe, le caractère d'une lettre de change : le mode d'acceptation n'a pas pu le lui ôter; mais toujours, sauf le cas de fraude, qui dans une pareille hypothèse, se présume aisément.

Quid, si l'acte, sans contenir aucune supposition de lieu, étoit tiré d'un lieu, et payable dans le même lieu? Ce seroit un simple mandat qui ne jouiroit point de la faveur accordée à la lettre de change, et qui en conséquence, s'il n'étoit pas signé par un négociant, ne seroit point de la compétence des tribunaux de commerce, n'entraîneroit point la contrainte par corps, etc.

(2) *La somme à payer.* Il paroît résulter de ces mots, qu'une lettre de change ne peut être stipulée payable autrement qu'en argent. C'est une conséquence des détails que nous avons exposés plus haut, relativement au contrat de change.

(3) *Le nom de celui qui doit payer.* Le tireur peut-il tirer sur lui-même? Je pense que cela se peut, pourvu qu'il y ait remise de place en place. Jugé qu'oui, en cassation, après partage, le 1.er mai 1809. LA SERRA paroît être de cet avis. (*Voyez* le huitième exemple cité par lui, chap. IV).

(4) *Au domicile d'un tiers. Quid*, si, dans ce cas, l'individu sur qui elle est tirée, demeure dans le lieu même d'où elle est tirée, mais que cependant le domicile indiqué pour le paiement soit différent? Je pense qu'il importe peu que le domicile de l'accepteur soit le même que celui du tireur, pourvu que le lieu du paiement soit différent. Et en effet, il y a toujours, dans ce cas, remise d'un lieu sur un autre.

(5) *Quid*, si l'on avoit oublié d'indiquer l'époque du paiement? Je pense qu'elle seroit payable de suite, ou au moins après le délai nécessaire pour se transporter au lieu du paiement, à raison d'un jour par deux myriamètres et demi. (*Argum. tiré des art.* 122 et 165). Et remarquez que les endosseurs ne seroient pas recevables à se plaindre. Ils auroient à s'imputer d'avoir négocié un effet pareil.

(6) *Par le calendrier Grégorien.* Quelle est l'échéance d'une lettre tirée le 28 février, dans une année non bissextile, et à un mois de date? Echoit-elle le 28 ou le 31 mars? Jugé en cassation que c'est le 28 mars. Arrêts des 13 août 1817, (Sirey, 1817, 1.re P., p. 382), et 21 juillet 1818, (*Ibid.* 1819; p. 237).

(7) *L'usance est un espace de trente jours*, pour la France, et ce, quand même les mois seroient de trente et un jours. On peut voir dans Jousse, sur l'art. 5 du titre V de l'Ordonnance de 1673, comment se compte l'usance dans les différentes villes de l'Europe. Mais il faut se rappeler ce que nous avons déjà dit, que pour une lettre tirée à usance, de Hambourg, par exemple, sur Paris, l'usance se règle d'après l'usage de Paris, et non d'après celui de Hambourg; et *vice versâ*, pour celle tirée à usance, de Paris sur Hambourg, l'usance se compte d'après l'usage de Hambourg.

Page 77.

(1) Ainsi une lettre de change payable à vingt jours de vue, est acceptée le premier décembre. Elle n'échoit que le 21, et ne peut être protestée que le 22.

Page 78.

(1) Et quel jour se fera le protêt? Le lendemain du jour férié. (*Art.* 162).

(2) *A l'ordre.* Il n'est cependant pas de l'essence de la lettre de change qu'elle soit à ordre. Seulement, quand elle n'est pas à ordre, elle n'est pas négociable. (SAVARY, *Parère* 82). Mais s'il y a remise de place en place, c'est toujours une lettre de change.

(3) Il paroît, d'après la manière dont est conçu l'avant-dernier alinéa de l'art. 110, que l'on n'a pas entendu que l'on pût faire une lettre de change payable au porteur.

(4) *Que quand le tireur avoit passé son ordre*, etc. Cependant un arrêt de cassation du 28 février 1810, rapporté dans SIREY, 1810, p. 289, a jugé qu'il y a lettre de change, même avant l'endossement. Cet arrêt me paroît subversif de tous les principes du contrat de change. (*Voyez* ci-dessus la note (1) de la page 71).

(5) Mais si cela arrivoit, celui sur qui la lettre est tirée, n'en auroit pas moins le droit d'exiger du tireur le remboursement de toutes les sommes qu'il auroit payées, puisque ce seroit la négligence du tireur qui l'auroit induit en erreur.

Page 79.

(1) Cette mention existe presque toujours; mais enfin, si elle n'existoit pas, le paiement seroit-il nul? Je ne le pense pas; du moins les négocians que j'ai consultés, me l'ont assuré.

Observez que, lorsqu'il y a plusieurs exemplaires de la même lettre, l'acceptation peut être sur l'un, et les ordres sur l'autre, en indiquant toutefois sur ce dernier, où l'on trouvera l'exemplaire accepté. (POTHIER, n.° 37).

(2) *Par ordre et pour le compte d'un tiers.* Ce qui a lieu, par exemple, dans ce cas : Je suis domicilié à

Orléans; Pierre, de Lyon, qui est mon débiteur de 5000 fr., m'écrit de tirer cette somme sur son banquier à Paris. Je tire effectivement la lettre au profit de Jean, et j'y déclare que je la tire, d'ordre et pour le compte de Pierre. Il est clair que cette dernière énonciation a pour principal motif, de faire connoître au banquier de Paris, que c'est le compte de Pierre, et non pas le mien, qu'il doit débiter du montant de la lettre, quand il l'aura payée; mais qu'à l'égard du preneur et de ceux auxquels la lettre sera passée, cette énonciation ne change rien à leurs droits contre moi. En conséquence, pour déterminer, dans ce cas, l'étendue de mon obligation, il faut distinguer : à l'égard de celui sur qui la lettre de change est tirée, je suis tenu uniquement de justifier que j'avois mandat de Pierre pour tirer. Mais à l'égard du preneur et des endosseurs, je suis tenu personnellement, ainsi que celui pour le compte duquel la lettre a été tirée (*art.* 115), de garantir le paiement de la lettre.

La Cour de Cassation s'étoit prononcée contre cette doctrine. Mais notre interprétation a été consacrée par l'art. 1.er de la loi du 19 mars 1817 (Bulletin, n.° 1854.) Voir la page 87 du texte, et ci-après la note (4) de ladite page.

Nota. La Cour de Cassation a jugé, le 16 août 1809, que celui qui a donné ordre de tirer une lettre de change pour son compte, en étoit censé le co-accepteur, et que par conséquent il étoit tenu indéfiniment d'en garantir le paiement.

L'arrêt de Paris, cassé par cet arrêt, avoit jugé que, dans le cas proposé, le mandant devoit être regardé comme tireur, et n'étoit tenu qu'autant que les poursuites requises par la loi auroient été faites, ou qu'il n'y auroit pas eu provision.

Il s'agissoit, à la vérité, d'une affaire antérieure au Code; mais l'on pensoit sous l'Ordonnance, que le mandant étoit, dans ce cas, le seul tireur, qu'il étoit seul obligé, et que le mandataire ne l'étoit en aucune ma-

nière (SAVARY, *Parère* 45). Cette doctrine, qui étoit celle de l'arrêt de Paris, étoit conforme aux principes du droit civil sur le mandat. Le seul changement apporté par le Code en cette matière, c'est que le mandataire et le mandant doivent actuellement, d'après l'article 115, être regardés tous deux comme tireurs solidaires.

L'arrêt de cassation dit, « que la lettre dont il s'a-« gissoit, portant que le montant devoit en être payé « par l'accepteur, au compte du mandant, ce dernier de-« voit être regardé comme le véritable accepteur, par « l'intermédiaire de celui sur qui la lettre étoit tirée, ou « plutôt, comme co-accepteur avec lui. »

Mais n'en est-il pas de même dans toute lettre de change ? Pierre, créancier de Paul d'une somme de 3000 fr., tire sur lui une lettre de change de 2000 fr. au profit de Jacques, et mande par la même lettre à Paul, d'en passer le montant à son compte. Pierre en est-il moins le tireur de la lettre? Paul en est-il moins le seul et véritable accepteur? et l'énonciation faite par Pierre, peut-elle avoir un autre effet, que de faire connoître à Paul qu'il devra porter le montant de la lettre au débit du compte de Pierre, qui ne sera plus alors son créancier que de 1000 fr.? Il me semble, d'après cela, que l'arrêt de Paris avoit jugé conformément aux principes. Au surplus, il ne paroît pas que la Cour de Cassation ait elle-même un avis bien arrêté sur ce point, puisqu'elle a jugé, le 19 décembre 1821, que le mandant n'étoit tenu en aucune manière envers le porteur. (SIREY, 1822, 1.re p., p. 45). J'avoue que la décision de ce dernier arrêt ne me paroît pas soutenable.

Mais on demande : si celui sur qui la lettre de change est tirée, n'ayant pas provision, et ne voulant pas avoir affaire à celui pour le compte duquel elle est tirée, déclare qu'il l'accepte ou qu'il la paie pour le compte du tireur lui-même, aura-t-il une action contre ce dernier? La raison de douter est que, d'après ce que nous venons de dire, le tireur n'est tenu envers l'accepteur,

que de la justification du mandat qu'il a reçu, pour tirer la lettre, et nullement de l'indemniser du paiement. Or, on ne voit pas d'abord comment l'accepteur, par la seule déclaration qu'il accepte pour le compte du tireur, peut imposer à ce dernier une obligation, et acquérir contre lui une action, qui n'existoit pas auparavant. Cependant, SCACCHIA décide l'affirmative, et POTHIER approuve son opinion (*n.*° 106), et avec raison. En effet, puisque le tireur, en cas de non-paiement, seroit personnellement tenu, comme nous venons également de le dire, envers le porteur de la lettre, il est certain que celui qui l'a payée pour son compte, a géré utilement ses affaires, *negotia utiliter gessit*, puisqu'il lui a épargné les frais et les désagrémens d'un retour. D'ailleurs il est de principe que toute lettre de change, protestée à défaut de paiement, peut être payée par tout intervenant pour le tireur ou pour l'un des endosseurs, et que l'intervenant, dans ce cas, est subrogé aux droits du porteur (*Art.* 158 et 159). Il faut donc décider, dans le cas proposé, que l'accepteur aura une action directe en remboursement contre le tireur.

(3) *De simple promesse;* et par conséquent si les signataires n'étoient pas négocians, ils ne seroient justiciables des Tribunaux de Commerce qu'autant que la lettre auroit pour cause une opération de trafic, banque, ou courtage (*Art.* 636). Il faudroit l'approbation exigée par l'art. 1326 du Code Civil. L'endosseur ne seroit tenu de l'insolvabilité du débiteur, qu'autant qu'il s'y seroit engagé formellement, et ce conformément aux art. 1693, 1694 et 1695 du même Code. Cassation, 17 février 1817, (Bulletin, n.° 15)., Le protêt tardif n'empêcheroit pas le recours du prêteur, etc. Je crois cependant, que la nullité de l'acte, comme lettre de change, ne pourroit être opposée aux tiers de bonne foi, qui n'auroient pas connoissance des suppositions. Il en seroit autrement, si la lettre portoit avec elle la preuve de son imperfection, *putà*, si l'on y avoit omis

une énonciation essentielle. Je pense qu'alors personne ne pouvant l'avoir ignoré, la nullité pourroit être opposée par tous, et à tous. Dans tous les cas, elle ne pourroit être opposée par ceux même qui ont commis les suppositions : cependant si le porteur en étoit complice, je crois qu'elles pourroient lui être opposées par le tireur qui les auroit commises : *in pari causâ, melior est conditio rei quàm creditoris*, sauf toutefois l'action dite *condictio sine causâ*, en faveur de celui qui auroit payé quelque chose, contre celui qui auroit reçu. Mais remarquez que la lettre de change imparfaite ne peut valoir comme simple promesse, qu'autant qu'elle contient toutes les conditions nécessaires pour constituer une obligation. Si donc elle ne renferme aucune mention de la valeur fournie, comme une obligation sans cause est nulle, (*C. C. art.* 1131), elle ne vaut pas, même comme simple promesse, à moins que le porteur ne justifie légalement de la cause, c'est-à-dire de la valeur fournie.

Page 80.

(1) *De l'endossement*, ainsi nommé, parce qu'il se met au dos de la lettre dont la propriété est transférée. Mais pourroit-elle se transmettre par une autre voie, par exemple, par un transport ordinaire? Sans doute; on a voulu étendre, et non restreindre le droit commun. D'ailleurs, si la lettre étoit perdue, et que l'on voulût en faire le transport, il faudroit bien s'y prendre de cette manière. Mais ce transport auroit-il, comme l'endossement, l'effet de saisir sans signification? Je ne le pense pas. Cet effet de l'endossement, exorbitant du droit commun, a été établi pour favoriser la circulation rapide de la lettre de change. Le transport ordinaire détruit cette rapidité de circulation. Il ne doit donc pas jouir du privilége de l'endossement. M. Locré est de cet avis. Il faut tenir également que l'endossement mis au dos de la lettre, quoique d'une date postérieure, seroit préféré à l'endossement par acte séparé.

Mais le propriétaire d'une lettre, qu'il auroit endossée au profit de Pierre, pourroit-il bâtonner son ordre, et en passer un second au profit de Paul? SAVARY (*Parère* 24), décide la négative. Cette opinion, qui paroît singulière au premier coup d'œil, est cependant fondée en principe. L'endossement seul transfère la propriété, sans acceptation de la part de celui au profit de qui il est fait. Pierre, dans le cas proposé, étoit donc devenu propriétaire de la lettre, par le fait du premier endossement passé à son profit, que nous supposons valable, et causé pour valeur fournie. Il n'a pu être privé, sans son fait, de cette propriété.

Au surplus, la propriété de la lettre est transférée de telle manière par l'endossement, qu'elle est censée n'avoir jamais appartenu à aucun des précédens propriétaires. En conséquence, comme nous le verrons à la fin de ce titre, l'accepteur ne peut opposer au porteur, lors de la présentation au paiement, d'autres exceptions que celles qui sont personnelles au porteur lui-même, et nullement celles qui sont particulières au tireur, ou aux endosseurs.

(2) La date est nécessaire pour plusieurs raisons : la première, parce que, si l'endossement étoit fait après l'échéance de la lettre, il ne transféreroit pas la propriété, et ne vaudroit que comme procuration pour en toucher le montant au nom et pour le compte de l'endosseur. C'est au moins ainsi que le décide SAVARY, (*Parère* 36). Cet auteur pense, que, dès qu'une lettre de change est échue, elle n'est plus négociable. On pourroit peut-être soutenir que l'endossement après l'échéance, ne vaut que comme procuration à l'égard des tiers, et même à l'égard du débiteur de la lettre. Mais, à l'égard de l'endosseur lui-même, si l'endossement étoit régulier, et qu'il annonçât la valeur fournie, je crois qu'il seroit non recevable à réclamer la propriété de la lettre. Cependant la Cour de Cassation a jugé, le 28 novembre 1821, qu'un endossement pos-



térieur à l'échéance avoit transféré la propriété. (Bulletin, n° 85).

La seconde raison qui rend la date nécessaire, c'est qu'en cas de faillite de la part de l'endosseur, il seroit impossible de reconnoître si l'endossement n'a pas été fait depuis la faillite, et si, conséquemment, il n'est pas nul. (*Art.* 442.)

Quid, s'il résulte de la date de l'endossement, qu'il a été fait dans les dix jours qui ont précédé la faillite? Il est présumé frauduleux de la part du failli. Mais il n'est annullable à l'égard du porteur, qu'autant qu'il est prouvé qu'il y a eu fraude de sa part. (*Art.* 445.)

Mais enfin, si l'ordre n'est pas daté, et que l'endosseur vienne à faillir, de quand l'endossement sera-t-il présumé fait? Depuis la faillite, sauf la preuve contraire de la part de celui au profit de qui la lettre a été passée. C'est l'avis de SAVARY (*Parère* 71). L'endosseur et le cessionnaire sont en faute tous deux; ils doivent être placés dans la position la plus défavorable. Ils ont à s'imputer de n'avoir pas pris les moyens que la loi leur offroit.

Au surplus, comme l'endossement valable contient réellement un second contrat de change, passé entre l'endosseur et celui au profit de qui l'ordre est passé, l'on a dû naturellement exiger pour l'endossement les mêmes formalités que pour la lettre de change.

On a demandé si le défaut de date de l'endossement pouvoit être suppléé par un aval daté, mis au bas de l'endossement, ou par un protêt faute d'acceptation, fait à la requête de celui à qui l'ordre a été passé par l'endossement non daté. SAVARY (*Parère* 16), et POTHIER, n° 39, sont d'avis de la négative. Ils se fondent sur ce que l'endossement non daté ne valant que comme simple procuration, et n'ayant pas transféré la propriété de la lettre, l'endosseur, qui a conservé cette propriété, ne peut en être dépouillé par un aval, ni par un protêt, qui sont, quant à lui, *res inter alios acta*. (*Voyez* la présente note *in principio*).

(3) *A peine de faux.* C'est pour éviter les fraudes indiquées dans la note précédente, pour le cas de faillite.

(4) Faut-il, pour la validité de l'endossement, qu'il y ait remise de place en place? La loi ne l'exige pas. Cependant, quand la lettre est à l'ordre du tireur, comme le contrat de change n'est parfait dans ce cas que par l'endossement, et qu'il n'y a de contrat de change qu'autant qu'il y a remise de place en place, il s'ensuit que cette remise est nécessaire pour la validité de l'endossement, mais dans ce cas seulement.

(5) *La nature et le montant.* Même observation que pour la lettre de change elle-même. (*Voyez* les notes 3, 4, 5, 6 et 7 de la page 75.)

(6) *De la valeur fournie.* L'Ordonnance, Tit. V, art. 23, exigeoit l'énonciation du nom de celui qui avoit fourni la valeur. On sent que ce peut fort bien n'être pas la même personne que celle au profit de qui l'ordre est passé; de même que la valeur de la lettre de change peut être fournie par une personne, et la lettre être tirée au profit d'une autre. Notre article n'exige que le nom de celui au profit de qui l'ordre est passé. Doit-on toujours tenir, comme sous l'Ordonnance, que l'endossement seroit nul, s'il n'énonçoit pas le nom du donneur de valeur? Je pense que non. Ici, tout est de rigueur, et c'est précisément pour cette raison que l'on ne doit pas étendre les dispositions de la loi. *Odia restringenda.*

Observez, à cette occasion, 1° que si l'endossement fait mention de deux personnes, l'une qui a fourni la valeur, et l'autre au profit de laquelle l'ordre est passé, c'est toujours cette dernière qui est propriétaire de la lettre, sauf le recours de l'autre contre elle, s'il y a lieu.

Observez, en second lieu, qu'il n'est pas nécessaire que toutes ces énonciations soient de la main de l'endosseur. Elles peuvent être écrites par celui même au profit de qui l'ordre est passé; il suffit de la signature de l'endosseur, et même sans approbation de l'écriture. L'art. 1326 du Code Civil n'est pas applicable au commerce.

(7) A plus forte raison, s'il est en blanc. Mais comme il peut être rempli de toute autre main que de celle de l'endosseur, on sent que le porteur peut, quand il le voudra, faire d'un endossement en blanc un endossement légal. Cependant la difficulté peut se rencontrer, par exemple, à l'égard d'effets endossés en blanc, et trouvés après un décès, ou après une faillite. A la vérité cet article du Code, conforme, cependant, à l'opinion de SAVARY, (*Parères* 33 et 37), ne s'exécute pas avec rigueur. Voir, à ce sujet, un arrêt de la cour d'appel d'Orléans, du 10 février 1809. (SIREY, 1809. 2ᵉ p., *p.* 400).

(8) *Ne transfère pas la propriété de la lettre.* Ainsi le signataire de l'endossement est toujours censé propriétaire de la lettre. (*Voyez* ci-dessus la note (7) de la page 75) Il résulte de ces principes que le montant de la lettre peut être saisi à l'échéance par les créanciers de l'endosseur; que ce même montant peut être compensé avec lui, etc. Mais remarquez qu'il n'y a que lui ou ses ayant-cause qui puissent réclamer la propriété de la lettre : l'accepteur, par exemple, ne peut exciper de l'irrégularité de l'endossement, pour se défendre de payer au porteur, sauf qu'il peut opposer à celui au profit de qui l'ordre a été ainsi passé, toutes les exceptions qu'il pourroit opposer au signataire de l'endossement irrégulier. Cassation, 29 mars 1813 (*Bulletin*, 1813; *n°* 32). Quant aux tiers porteurs, voyez la note suivante.

(9) *Que comme simple procuration*, qui peut être

révoquée : mais comme on vient de le dire, il est bien aisé de la transformer en un endossement légal; d'où il résulte que, si l'endosseur ne veut pas réellement transférer la propriété, mais seulement donner pouvoir de toucher le montant de la lettre, il ne doit pas se contenter de mettre sa signature au dos, mais il doit la faire précéder de ces mots, *pour acquit*, ou de ceux-ci, *pour moi, vous paierez à tel*, sans ajouter *valeur reçue comptant*. Il peut même dire *à tel, ou à son ordre*. Il donne par là à *ce tel*, le pouvoir de se substituer une autre personne, à l'effet de recevoir le paiement de la lettre. Mais ils ne sont toujours que ses mandataires, et ils lui doivent compte de la somme touchée par eux. Par conséquent il peut recevoir lui-même et donner quittance, et alors celui au profit de qui l'ordre est passé, ne peut rien demander. *Sic* jugé à Colmar, le 13 juin 1810 (*Sirey*, 1810; 2e *P. p.* 385).

Quand l'endossement ne vaut que comme procuration, celui au profit de qui il est fait, pourroit-il transmettre la propriété de la lettre par un endossement régulier? Je pense qu'oui. La loi dit simplement qu'il vaut comme procuration; mais elle ne détermine pas l'étendue du pouvoir qui en résulte; et comme une lettre de change est destinée à être négociée, on peut présumer aisément que le pouvoir va jusqu'à autoriser la négociation, sauf le recours de l'endosseur pour la restitution de la valeur fournie à celui qui l'a négociée. Jugé dans ce sens en Cassation, le 20 février 1816 (*Sirey*, 1816; 1re *P.*, *p.* 149).

(10) C'est de là que naît la différence que l'on doit mettre entre le porteur et le propriétaire de la lettre. (*Voyez* Pothier, *n*° 151). Le porteur est toujours celui auquel la lettre est passée par le dernier endossement. Mais quant à la propriété, il faut distinguer : si l'endossement vaut comme cession, le porteur est en même temps propriétaire. Mais s'il ne vaut que comme pro-

curation, c'est l'endosseur qui est toujours propriétaire, et le porteur n'est que son mandataire. En cette qualité, il peut faire faire le protêt à sa requête. Mais il ne pourroit exercer lui-même le recours : il faut que les assignations soient données à la requête du propriétaire, parce qu'en France on ne plaide pas par procureur. Cassation, 19 juillet 1822, (SIREY, 1815; 1re p., p. 63).

Page 81.

(1) Il y a cependant cette différence actuellement, que le défaut de formalités à l'échéance libère l'endosseur dans tous les cas ; au lieu qu'il ne libère le tireur proprement dit, que quand il a fait provision.

(2) *Est solidaire*, c'est-à-dire qu'il peut poursuivre celui d'entre eux qu'il voudra, en paiement du montant total de la lettre. C'est dans ce sens, qu'on dit que cette action est solidaire. Car du reste, ce n'est qu'improprement qu'elle peut être appelée ainsi. En effet, pour qu'il y ait vraiment solidarité entre plusieurs débiteurs, il faut qu'il n'y ait eu qu'un seul contrat, qu'une seule obligation contractée par eux tous. Or, cette unité de contrat, d'obligation, n'existe pas ici. Ils sont, à la vérité, tenus chacun de la totalité de la dette, mais en vertu de contrats différens, et par des actions différentes. L'accepteur est tenu, en vertu du contrat particulier formé par son acceptation. Le tireur est tenu, en vertu du contrat de change passé entre lui et le donneur de valeur; et enfin, chaque endosseur est tenu envers l'endosseur subséquent, en vertu d'un autre contrat de change passé entre eux seulement. Il n'y a donc pas unité de contrat, ni d'obligation; mais on se sert du mot *solidaire*, *brevitatis causâ*, et parce que le droit résultant de toutes ces obligations réunies, en faveur du porteur, est presque le même que si le tireur, les endosseurs et l'accepteur, s'étoient obligés solidairement envers lui. Il y a cette seule différence que, s'il y avoit vraiment solidarité, le porteur pourroit agir,

en premier lieu, contre celui qu'il voudroit choisir ; au lieu qu'il est tenu de s'adresser d'abord à l'accepteur ; et ce n'est qu'en justifiant du refus fait par ce dernier, qu'il peut alors s'adresser à celui qu'il veut choisir, du tireur ou des endosseurs, qui sont tous vraiment, dans ce cas, ses débiteurs solidaires.

Page 82.

(1) Ce mot est un abrégé de *à valoir*, parce que c'est une promesse de faire valoir. Au surplus, je ne partage pas l'opinion de ceux qui, en matière de lettre de change, distinguent le cautionnement de l'aval. Je crois que tout cautionnement, toute garantie du paiement d'une lettre de change, est un aval. Argument tiré de l'art. 142, qui porte que l'aval peut être fait par un acte séparé.

(2) Il paroît qu'anciennement on pouvoit donner l'aval, ou pour le tireur, ou pour un des endosseurs, ou pour l'accepteur. Le pourroit-on encore ? Le Code ne le défend pas. M. LOCRÉ, sur l'art. 142, est d'avis de l'affirmative. Nous verrons tout-à-l'heure quel seroit l'effet de cette distinction. *Quid*, s'il y a plusieurs donneurs d'aval ? ils sont tenus chacun pour le tout; mais, en cas de paiement fait par l'un d'eux il a son recours contre les autres, chacun pour leur part (*C. C. art.* 2025 et 2033).

Page 83.

(1) *Sur la lettre même.* Et il est valable, quelle que soit sa forme. Cassation, 30 mars 1819 (*SIREY*, 1819; 1re *P.*, *p.* 345).

(2) *Ou par acte séparé* : et il a le même effet dans les deux cas, contre le sentiment d'HEINECCIUS, *Elem. jur. Camb.* cap. 6, §§. 10 et 11, et de POTHIER,

n° 123. Ces auteurs pensoient que, quand l'aval étoit fait par acte séparé, il n'étoit qu'un cautionnement ordinaire, qui ne rendoit pas le donneur d'aval justiciable des tribunaux de commerce, ni contraignable par corps, à moins qu'il ne fût négociant, ou l'associé de celui qu'il avoit cautionné.

(3) *Le bénéfice de division* : ce bénéfice a lieu, quand il y a plusieurs cautions pour une même dette. Il peut être défini, une exception par laquelle une des cautions, assignée en paiement de toute la dette, peut demander que le créancier dirige son action en même temps contre les autres cautions solvables, chacune pour sa part et portion.

Ce bénéfice a lieu en matière civile. (Voyez *les articles* 2026 *et* 2027 *du Code Civil.*).

(4) *Le bénéfice de discussion* : ce bénéfice est une exception par l'effet de laquelle une caution, assignée en paiement par le créancier, peut, en remplissant certaines conditions, l'obliger de discuter préalablement les biens du débiteur principal.

Pour l'effet de cette exception, et les conditions à remplir pour pouvoir l'opposer, *voyez* les articles 2021, 22, 23 et 24 du Code Civil.

(5) *Et par les mêmes voies.* Par conséquent, il est contraignable par corps, quand même il ne seroit pas négociant; son engagement ne se prescrit que par cinq ans. On pensoit anciennement que l'action contre les donneurs d'aval, se prescrivoit par trois ans. (Savary, *partie I, liv. III, chap. VI*; *et* Jousse, *sur l'article* 20 *du titre V de l'Ordonnance*). Mais aussi, il peut opposer les mêmes déchéances que le tireur et les endosseurs. En un mot, il est subrogé aux droits du porteur, sauf les distinctions suivantes :

S'il a cautionné purement et simplement le paiement

à l'égard du porteur, il peut exercer le même recours que lui, et contre les mêmes personnes.

S'il a donné son aval pour le tireur, il est évident qu'il n'a d'action que contre l'accepteur. Car le tireur étant lui-même garant du paiement de la lettre envers tous les endosseurs, ne peut exercer contre eux aucune action; et sa caution ne peut pas avoir plus de droit que lui.

S'il a donné son aval pour un des endosseurs, il ne peut agir que contre l'accepteur, le tireur, et les endosseurs qui précèdent celui qu'il a cautionné. Car ce dernier est garant envers tous ceux qui le suivent.

Enfin, s'il a cautionné l'accepteur, il est évident qu'il n'a de recours à exercer contre qui que ce soit. Car l'accepteur est garant du paiement de la lettre envers tous les signataires. Si cependant le tireur n'avoit pas fait provision, comme l'accepteur pourroit le poursuivre en remboursement du montant de la lettre, le donneur d'aval auroit le même droit.

(6) Ainsi le donneur d'aval pourroit stipuler qu'il ne sera poursuivi qu'après discussion de tous les autres signataires; qu'il ne pourra être poursuivi que pour partie du montant de la lettre; qu'il ne sera pas justiciable des Tribunaux de Commerce; qu'il ne sera pas contraignable par corps, etc. Enfin, il peut, comme nous venons de le dire, donner son aval, ou indéfiniment, ou seulement pour un ou plusieurs des obligés au paiement. Et dans ce dernier cas, il n'est solidaire qu'avec celui ou ceux qu'il a cautionnés; et leur libération emporte la sienne, quand même la lettre de change ne seroit pas encore définitivement acquittée.

(7) Et surtout d'une vente de créance.

Page 85.

(1) *La résiliation du contrat.* Il ne peut, comme le tireur, demander à son choix l'exécution du contrat, ou la résiliation avec dommages et intérêts. La raison de différence, c'est que l'obligation du preneur est une obligation de donner, à l'exécution effective de laquelle on peut être contraint par saisie de ses biens, emprisonnement de sa personne, etc.; au lieu que l'obligation du tireur est une obligation de faire, dont on ne peut forcer l'exécution réelle, mais qui, en cas d'inexécution, se résout toujours en dommages et intérêts. (*C. C.*, *art.* 1142.)

Page 87.

(1) *Honnêtement.* Celui qui tire une lettre de change sur une personne qui ne lui doit rien, ou qui ne s'est pas engagée à la payer, fait un acte malhonnête, puisque le donneur ne remet bien certainement au tireur la valeur de la lettre, que dans l'espérance qu'elle sera acquittée à l'échéance par celui à qui elle est adressée.

(2) *Au moment où la lettre sera présentée à l'acceptation.* Cela paroît contraire à la disposition de l'article 116, qui semble n'exiger la provision qu'au moment de l'échéance. Mais on peut répondre que, dans cet article, qui n'est peut-être pas d'ailleurs très-exactement rédigé, on n'a considéré que deux époques, celle où la lettre est tirée, et celle du paiement; et l'on a entendu dire simplement qu'il n'étoit pas nécessaire que la provision existât à la première époque. D'ailleurs, il est évident que l'art. 116 se réfère principalement à l'article 170, qui décharge le tireur qui a fait provision, de tout recours de la part du porteur qui n'a pas rempli les formalités requises à défaut de paiement; or, dans

ce cas, il est certain qu'il suffit qu'il y ait provision à l'échéance seulement.

Il est, au surplus, tellement vrai que la provision doit être faite avant l'échéance, que si la lettre est présentée auparavant à l'acceptation, et que celui sur qui elle est tirée, n'accepte pas, le porteur peut de suite exercer son recours, tant contre le tireur, qué contre les endosseurs, et exiger d'eux caution que la lettre sera payée à l'échéance (*Art.* 120).

(3) Ceci est, comme nous l'avons déjà remarqué, une dérogation aux règles ordinaires du mandat, d'après lesquelles le mandataire, qui a traité au nom de son mandant, n'est tenu personnellement en aucune manière, quand il s'est renfermé dans les bornes du mandat, ou que le mandant a ratifié l'opération. Il résulteroit de ces règles, que, lorsque la lettre est tirée pour le compte d'un tiers, la provision devroit être uniquement à la charge du tiers, pour le compte duquel la lettre est tirée, et non à la charge du tireur. Mais la disposition de notre article a été introduite en faveur du commerce, parce qu'il est possible que celui pour le compte de qui la lettre est tirée, soit inconnu dans la place d'où elle est expédiée.

(4) *Mais envers les endosseurs et le porteur seulement.* Voyez ci-dessus la note (2) de la page 79.

(5) C'est-à-dire que celui qui a une fois accepté, ne peut, vis-à-vis du porteur et des endosseurs, se défendre de payer, en disant que la provision n'a pas été faite. Mais il peut toujours exiger du tireur le remboursement de la lettre; et c'est alors à celui-ci à prouver qu'il y avoit provision.

Page 88.

(1) *Et se contenter de présenter la lettre au paie-*

ment à l'échéance. Cela est si vrai que, lors même que, dans le cas de faillite de l'accepteur, il a fait protester avant l'échéance, ainsi qu'il en a le droit d'après l'art. 163, ce ne seroit pas du jour de ce protêt que courroit le délai de quinze jours, dont il est question dans l'art. 165, mais du jour du second protêt fait à l'échéance. Cassation, le 16 mai 1810. (SIREY, 1810. 1re P., p. 282.) Et en effet, le droit accordé au porteur, par l'art. 163, est de pure faculté. Il peut, à sa volonté, l'exercer ou ne pas l'exercer; comme il peut y renoncer, quand il l'a exercé, et faire un second protêt à l'échéance.

(2) *A l'acceptation ou au paiement;* à l'acceptation, si la lettre est à tant de jours, de mois, etc., de vue : au paiement, si la lettre est à vue.

Page 89.

(1) Si le porteur d'une lettre de change à vue ou à tant de jours, de mois, etc., de vue, n'étoit pas obligé de présenter la lettre dans un délai prescrit, il pourroit ne le faire qu'au bout de plusieurs années, et pendant ce temps, le tireur seroit obligé de tenir les fonds toujours prêts entre les mains de celui qui doit la payer, de courir les risques d'une faillite, etc. C'est ce qui a déterminé cette disposition qui n'existoit pas, et qui étoit demandée par les négocians. *Voyez* LA SERRA, chap. VI, et la loi 39 ff. *de solutionibus*, citée par cet auteur.

(2) *Du continent ou des îles de l'Europe*, en France ou dans l'étranger. A la vérité, si la lettre est tirée de l'étranger, on a dû suivre les lois du pays pour la forme et la rédaction de la lettre. Mais quant au paiement, nous avons vu que l'on devoit, dans ce cas, se conformer aux lois françaises, au moins à l'égard des signataires résidant en France.

Page 90.

(1) *Peut être exprimée.* J'ai dit, *peut être exprimée*, parce que je ne pense pas que cette forme d'acceptation soit sacramentelle, tellement qu'elle ne puisse être remplacée par d'autres termes équivalens, comme ceux-ci, *je paierai à l'échéance*, ou autres semblables. Mais je crois que le législateur a voulu, en indiquant ce mode simple, proscrire des modes d'acceptation déjà proscrits par l'Ordonnance, comme, *accepté pour répondre à temps*, etc., lesquels doivent passer pour refus d'accepter, et donnent lieu au protêt faute d'acceptation. Il est cependant toujours bon de se servir de la forme indiquée par la loi, afin d'éviter les procès qui pourroient s'élever sur la question de savoir, si les mots employés sont équivalens ou non.

Quid si une lettre payable à huit jours de vue, est acceptée pour être payée à vingt jours? cela équivaut à un refus, et donne lieu au protêt.

L'acceptation pourroit-elle avoir lieu par un acte séparé? Je ne vois rien qui s'y oppose. A la vérité, cela deviendroit plus gênant, parce que l'acceptation devroit circuler avec la lettre; il faudroit y rapporter la substance de la même lettre, etc. Mais c'est l'affaire des parties qui, pouvant choisir un mode plus facile, en ont préféré un plus incommode.

(2) *Par un seul mot, accepté.* Cependant il est plus prudent d'ajouter à son acceptation le montant de la somme contenue dans le corps de la lettre, et ce, pour éviter les falsifications qui pourroient être commises après l'acceptation; il paroît même que c'est l'usage du commerce à Paris.

Quid si le tiré, sans accepter la lettre, écrit au tireur qu'il la paiera? Jugé en Cassation, le 16 avril 1823 (Bulletin n° 38), que le porteur n'a pas d'action contre l'accepteur. Et en effet, dans ce cas, ce n'est

que vis-à-vis du tireur que le tiré est obligé. C'est à l'égard de tous autres, *res inter alios acta*; et si le porteur a une action contre lui, ce ne peut être que du chef du tireur, et comme exerçant ses droits.

(3) *Avec la signature de l'accepteur.* Il ne faut pas conclure de là, que l'écriture soit exigée pour l'acceptation, comme solennité, c'est-à-dire, qu'une acceptation non écrite seroit tout-à-fait nulle : je pense avec POTHIER, n° 43, que l'écriture est exigée seulement comme preuve, c'est-à-dire, que, si l'acceptation est déniée, elle ne peut être prouvée que par écrit; mais, si elle est avouée par l'accepteur, il ne peut se défendre de payer, par la raison qu'il n'a pas accepté par écrit. On peut même, par conséquent, lui déférer le serment sur le fait de son acceptation.

(4) *Il n'est pas nécessaire qu'elle soit datée*, parce qu'à quelque époque que l'acceptation ait été faite, la lettre payable à jour fixe n'est toujours payable qu'au terme fixé.

Quid, s'il y a plusieurs exemplaires de la même lettre de change? il suffit que l'acceptation soit sur un seul. Mais, dans ce cas, l'accepteur doit avoir soin de ne payer qu'en retirant l'exemplaire accepté, afin de ne pas être exposé à payer deux fois, comme nous le verrons par la suite (*Art.* 148).

Page 91.

(1) Ainsi une lettre est tirée le 1er février 1823, à 20 jours de vue. Elle est présentée à l'acceptation le 19 février. Si l'acceptation est datée, l'échéance de la lettre se trouve portée au 11 mars; mais s'il n'y a pas de date à l'acceptation, les 20 jours courent du lendemain de la date de la lettre, et l'échéance est fixée au 21 février.

(2) M. LOCRÉ, sur l'art. 123, prétend que cette disposition est de pur conseil, et que l'adresse de la lettre de change doit suffire. Il me semble cependant qu'il peut se trouver des cas dans lesquels cette indication seroit indispensable; soit, par exemple, une lettre de change ainsi conçue;

» Caen, ce

» M. Au 20 août prochain, il vous plaira payer à
» Versailles, à M. ou à son ordre, la somme
» de trois mille francs.

» A M. DURAND, négociant à Paris.

Signé PIERRE.

Si l'on suppose maintenant que la lettre est présentée, pour l'acceptation, au Sr DURAND de Paris, il est nécessaire qu'il désigne dans l'acceptation, à quel domicile il faudra se présenter dans Versailles, pour le paiement, et pour faire les diligences. Faute par lui de donner cette indication, il y aura refus d'acceptation, et l'on pourra protester.

(3) *Ou au plus tard dans les vingt-quatre heures.* Il est d'usage de déposer les traites pendant 24 heures chez ceux qui doivent les accepter, afin de leur laisser le temps de vérifier s'ils doivent accepter ou non.

(4) LA SERRA, chap. X, pensoit que la rétention de la lettre équivaloit à l'acceptation. POTHIER, n° 46, pensoit au contraire, que cela ne devoit donner lieu qu'à des dommages et intérêts. Le Code a adopté cette dernière opinion. Elle diffère de celle de LA SERRA, en ce que, si le rétentionnaire est supposé accepteur, il peut, comme nous le verrons par la suite, être poursuivi pour le paiement à l'échéance, directement, et même de préférence aux tireur et endosseurs, en sorte que, quand même le tireur auroit été en faillite au moment où la lettre a été tirée, il n'en seroit pas moins

tenu de la payer. (*Art.* 121.) Si, au contraire, on décide que celui qui a retenu la lettre n'est passible que des dommages-intérêts du porteur, il en résulte qu'il faut que celui-ci justifie d'un dommage souffert par suite de la rétention, par exemple, que cela l'a empêché de recourir contre le tireur et les endosseurs, pour en obtenir caution du paiement à l'échéance, et que pendant le délai qui s'est écoulé, ils ont fait faillite. Mais s'ils sont solvables, ou s'ils étoient déjà en faillite au moment où la lettre retenue a été présentée à l'acceptation, alors il est certain que la rétention n'a causé aucun préjudice au porteur, et qu'il ne pourra, en conséquence, exercer aucun recours contre le rétentionnaire.

(5) *Ne peut être conditionnelle.* POTHIER, n° 47, et LA SERRA, chap. VIII, proposent cette espèce, sur laquelle leur avis me paroît susceptible de quelque modification.

Pierre tire sur Jean une lettre de change de 3000 fr., au profit de Jacques. Au moment où la lettre est présentée à l'acceptation, Jean se trouve créancier de Jacques d'une somme de 3000 fr. Ces auteurs pensent que, dans cette hypothèse, Jean peut accepter de cette manière, *accepté, pour payer à moi-même :* ce qui est, de sa part, une déclaration qu'il entend compenser le montant de la lettre avec ce qui lui est dû par Jacques. Ces mêmes auteurs ajoutent que, quand même la lettre se trouveroit entre les mains d'un tiers porteur au profit duquel elle auroit été passée, Jean pourroit toujours accepter de la même manière. J'ai dit que cet avis me paroissoit susceptible de modification. En effet, il résulte des principes établis dans ce titre, que le contrat qui se forme entre le tireur et celui sur qui la lettre est tirée, est un véritable mandat de payer le montant de la lettre à celui qui s'en trouvera porteur au moment de l'échéance, mandat dont celui sur qui la lettre est tirée, ne peut refuser l'acceptation, quand il est dé-

biteur du tireur, d'une somme égale au montant de la lettre. Or, il est certain que par le mode d'acceptation susdit, celui sur qui la lettre est tirée, déclare qu'il ne l'acquittera pas réellement à son échéance, mais qu'il en portera le montant au crédit du compte du donneur de valeur; ce qui certes n'est pas la même chose pour le tiers porteur. Par conséquent, à l'égard de ce dernier, il est constant que le mode d'acceptation proposé équivaut à un refus, et qu'il doit donner lieu au protêt, ainsi qu'au recours en garantie; d'où il arrivera que le tireur qui est parfaitement en règle, puisqu'il n'a tiré que sur une personne qui avoit à lui des fonds suffisans pour payer, se trouvera cependant, par un fait qui lui est étranger, exposé à un recours en garantie, sans néanmoins pouvoir de son côté, agir contre l'accepteur, puisque l'on suppose que ce dernier a pu valablement accepter de cette manière.

On croit répondre à cette objection, en disant que le recours en garantie s'arrêtera au donneur inclusivement, et ne s'étendra pas jusqu'au tireur. On donne pour raison de cette disposition, que le donneur ne pourroit certainement se plaindre d'une acceptation pareille, ni exercer de recours contre le tireur, parce qu'à son égard la lettre est censée acquittée, puisqu'il se trouve libéré d'autant : que ceux au profit de qui la lettre a pu être passée, tenant tous leur droit du donneur, médiatement ou immédiatement, ne peuvent avoir plus de droit qu'il n'en a lui-même, qu'ils ne peuvent empêcher une compensation qu'il ne pourroit lui-même empêcher, et que conséquemment ils n'ont aucun recours à exercer contre le tireur. Mais ne voit-on pas que ce système tend à détruire entièrement la confiance si nécessaire dans le commerce, et à ôter à la lettre de change la plus grande partie de ses avantages? Ne peut-il pas arriver, en effet, que le donneur de valeur ne jouisse que de peu de crédit, et que ce soit le nom et la solvabilité du tireur seul qui aient déterminé le porteur à prendre la lettre de change? N'est-ce pas tromper

cruellement sa confiance, que de lui ôter, dans ce cas, le recours contre le tireur ? Mais, dira-t-on peut-être encore, quand on verra une lettre de change acceptée de cette manière, on ne la prendra pas. Mais une lettre de change ne peut-elle pas être négociée avant l'acceptation ? N'est-il pas même possible qu'elle ne soit pas acceptée du tout ? Et, dans ce cas, lorsqu'elle sera présentée au paiement, celui sur qui elle est tirée, n'aura-t-il pas, dans le système de LA SERRA et de POTHIER, le droit d'opposer la compensation, même au tiers porteur ? Et enfin, pour renverser ce système, ne suffit-il pas de rappeler ce principe que nous avons posé plus haut, que celui au profit de qui une lettre de change a été endossée, est censé en avoir été toujours le seul propriétaire, et que la lettre est présumée n'avoir jamais appartenu à aucun de ceux entre les mains desquels elle s'est trouvée précédemment.

De ces différentes observations, je conclus que le système de ces auteurs ne peut tout au plus être adopté, qu'autant que la lettre, au moment de la présentation à l'acceptation, est encore entre les mains du donneur de valeur; et encore y auroit-il difficulté, en ce que le paiement de la lettre de change ne pouvant être fait avant l'échéance, sans le consentement du créancier, on ne peut le forcer à consentir la compensation avant cette époque : mais au moins est-il bien sûr que, du moment qu'elle a été endossée, elle est devenue la propriété de celui au profit duquel l'ordre a été passé, et que la compensation ne peut plus lui être opposée, que de son chef.

La même modification s'applique au second cas prévu par les mêmes auteurs, d'une saisie faite par un créancier du donneur de valeur, entre les mains de celui sur qui la lettre est tirée.

(6) *Pour une somme moindre.* Mais alors il faut avoir soin d'énoncer dans l'acceptation, la somme pour laquelle on accepte. Autrement, et lorsqu'il n'y a au-

cune énonciation, l'acceptation est censée faite pour le montant total de la lettre.

Mais le porteur est-il obligé de prendre cette acceptation restreinte? Je pense qu'oui, parce qu'il n'en doit résulter pour lui aucun préjudice. En faisant protester pour le surplus, il obtiendra du tireur ou des endosseurs, caution que ce surplus sera payé à l'échéance *dans la même place sur laquelle la lettre a été tirée*, ce qui est la seule circonstance importante pour lui. D'ailleurs, si l'acceptation restreinte lui cause, par événement, quelque préjudice, ce sera tout au plus le cas d'une action en dommages-intérêts.

Page 92.

(1) Ce mot vient de *protester*, parce que, dans cet acte, le porteur, après avoir sommé celui sur qui la lettre de change étoit tirée, de l'accepter, ou d'en payer le montant, suivant que le protêt est faute d'acceptation ou de paiement, finit par protester, en cas de refus, de tous dépens, dommages et intérêts, change et rechange, etc.

Remarquez que le protêt doit toujours être fait suivant l'usage du pays où le paiement doit être effectué. (La Serra, *chap.* XIV).

(2) *Un acte solennel.* J'appelle ainsi tout acte qui exige des solennités particulières, sans lesquelles il est censé ne pas exister, et dont l'omission emporte nullité. Ainsi, le contrat de mariage est un acte solennel, parce qu'il doit être nécessairement fait devant notaire. Sous seing-privé, il seroit nul. Il en est de même de la donation entre vifs, de l'hypothèque conventionnelle, etc

(3) *Au nom et comme procureur du propriétaire.* Ceci paroît déroger aux règles de procédure, d'après lesquelles on ne peut, en général, plaider par un man-

dataire. Mais la raison est que le protêt n'est pas une demande, comme nous le verrons ci-après, note (3) de la page 102.

(4) *De l'accepter ou de la payer.* Remarquez que le protêt faute d'acceptation, ne dispense pas le porteur du protêt faute de paiement, à moins que le montant de la lettre ne lui ait été remboursé dans l'intervalle par le tireur ou par l'un des endosseurs.

(5) *Et de tous dépens, dommages et intérêts des parties.* Il a été jugé plusieurs fois en Cassation, et notamment le 2 juin 1817 (Bulletin n.° 49) que, dans ce cas, l'action en recours n'est pas de la compétence des Tribunaux de Commerce.

(6) *Copie exacte.* On pensoit anciennement que cette copie devoit être signée par le porteur ou son fondé de pouvoir. Cette formalité ne paroît point exigée aujourd'hui.

(7) *Et de les transcrire en entier.* Les originaux des actes de protêt étant sujets à être envoyés par la poste, peuvent se perdre aisément. Cette disposition a pour but de rémedier à cet inconvénient.

(8) *Dans les formes prescrites pour les répertoires.* « Les répertoires seront visés, cotés, et paraphés par le « président, ou, à son défaut, par un autre juge du « tribunal civil de la résidence (du notaire ou de l'huis- « sier): ils contiendront la date, la nature, et l'espèce « de l'acte, le nom des parties, et la relation de l'en- « registrement. » (*Loi du 25 ventôse an* 11, *art.* 30. *Bulletin, n°* 2440).

Nota. Ces registres ne sont pas, comme les répertoires, soumis au visa du receveur de l'enregistrement. Instructions de la régie du 9 mars 1809, rapportées dans SIREY, 1810; 2 P., p. 556.

(9) Est-ce à peine de nullité? Il paroît qu'on n'a voulu prononcer en général, dans ces matières, aucune nullité, mais laisser le tout à la prudence des tribunaux de commerce qui décideront *ex æquo et bono*. Si le protêt est déclaré nul, quel sera le résultat? c'est que le porteur ne pourra exercer le recours dont il est question dans l'art. 164. Mais s'il a été remboursé volontairement par l'un des endosseurs, celui-ci pourra-t-il répéter? La négative a été jugée en Cassation le 7 mars 1815 (*Bulletin n°* 18), et ce, sur le fondement qu'il y a toujours obligation naturelle. Il me semble que l'on pourroit distinguer : si l'endosseur a payé sur la dénonciation du protêt, et qu'il ait pu probablement en ignorer la nullité, il me semble que l'on pourroit lui accorder la répétition. Il peut dire qu'il n'a payé que parce qu'il a cru lui-même avoir un recours contre son cédant etc. *Secùs* dans le cas contraire.

(10) *Et des recommandations*. On entend par *recommandations*, les personnes qui sont indiquées au besoin, pour accepter et payer la traite, à défaut de celui sur qui elle est principalement tirée. En langage commercial, on appelle cela simplement *les besoins*. *Aller au besoin*, c'est-à-dire, se présenter chez la personne indiquée pour payer au besoin.

Page 93.

(1) *S'il est connu*. *Quid* si, depuis la confection de la lettre, le tiré a changé de domicile? Si son domicile actuel est connu, le protêt doit y être fait, sinon il sera valablement fait au domicile indiqué dans la lettre. Cassation, 1814 (*Bulletin*, *n°* 70).

(2) L'ordonnance n'exigeoit pas formellement que le protêt fût signifié aux personnes indiquées au besoin. C'étoit cependant l'avis de Pothier, n° 157 : on l'a



adopté, et avec raison. En effet, le porteur est obligé de requérir le paiement : peut-il dire qu'il l'a suffisamment requis, lorsqu'on lui a indiqué deux personnes pour le faire, et qu'il n'en a sommé qu'une ?

Mais il faut bien prendre garde que la double signification n'est requise, que lorqu'il y a réellement une personne indiquée pour payer *au besoin*. Car s'il n'y avoit qu'un domicile élu, il suffiroit d'une signification à ce domicile, sans aucun égard au domicile réel, ou à l'éloignement, de celui sur qui la lettre est tirée. Si, par exemple, la lettre est tirée sur M. LEFEVRE, négociant à Rouen, mais payable au domicile de M. DURAND, négociant à Paris, il suffira de faire signifier le protêt à M. LEFEVRE, au domicile de M. DURAND. Il y a plus, c'est que si le porteur, au lieu de signifier le protêt à ce domicile, le signifioit au domicile réel de M. LEFEVRE, et ce, dans les délais fixés par l'art. 165, à raison de l'éloignement de ce domicile, le protêt seroit nul, comme n'ayant pas été fait le lendemain de l'échéance; et le porteur perdroit son recours. On a même jugé à Bordeaux, le 11 janvier 1814, que, dans ce cas, la signification du protêt au domicile réel, étoit absolument nulle (*SIREY*, 1815; 2° P., p. 141).

La raison de différence, c'est que, dans le cas du besoin, on ne peut s'adresser à la personne indiquée, qu'autant que l'autre a refusé d'accepter ou de payer. Il faut donc commencer par constater son refus par un premier protêt.

(3) *Respectivement*, c'est-à-dire, l'un envers l'autre. Ainsi le porteur assigne le dernier endosseur, et en obtient caution. Cet endosseur peut assigner le précédent, et en obtenir également caution, et ainsi de suite, en remontant, jusques et y compris le tireur. Mais remarquez qu'après le protêt faute d'acceptation, le porteur qui ne fait aucunes poursuites jusqu'à l'échéance, n'est tenu pour cela d'aucune peine; il pouvoit même se dispenser de présenter la lettre à l'acceptation; *à fortiori*, etc.

Mais si l'un des endosseurs a préféré payer, pourra-t-il exiger son remboursement du tireur, ou de l'un des endosseurs précédens; ou sera-t-il tenu de se contenter d'une caution? Il est certain qu'il ne pourra exiger son remboursement. Chacun des obligés ne l'est que sous l'alternative. Il est le maître de choisir le mode qu'il juge le plus convenable.

Celui qui préfère payer, peut-il retenir l'intérêt du commerce jusqu'au jour de l'échéance? Je ne le pense pas. Ce seroit une indemnité; et il ne lui en est pas dû, puisqu'il avoit un moyen d'éviter le paiement. D'ailleurs, le porteur a pu s'arranger pour ne recevoir ses fonds qu'à l'échéance. Il est très-possible que, jusque-là, ils restent oisifs entre ses mains.

(4) *Et les frais de rechange, s'il y a lieu.* On entend par frais de rechange, ce qu'il en coûte au porteur d'une lettre protestée faute de paiement, pour se procurer le montant de ladite lettre chez un banquier, auquel il donne en paiement une lettre de change sur celui qui lui a négocié la première. Il sera question ci-après, plus en détail, du rechange.

(5) Le porteur pourroit-il exiger une caution de chaque endosseur? Je ne le pense pas: je crois qu'il peut s'adresser à celui, du tireur ou des endosseurs, qu'il voudra choisir; mais que, dès qu'il a reçu une caution jugée valable, ou acceptée par lui, il n'a plus rien à demander. Le tireur et tous les endosseurs étoient bien tous solidairement tenus de fournir une caution. Mais dès qu'un d'entre eux a satisfait à l'obligation, tous les autres sont libérés.

(6) *Mais seulement avec celui qu'elle a cautionné.* Ainsi elle est solidaire avec lui. Elle ne peut donc opposer le bénéfice de discussion, c'est-à-dire, qu'elle ne peut demander qu'avant de la poursuivre, on attaque celui qu'elle a cautionné. (*C. C. art.* 2021). Mais *elle*

n'est solidaire qu'avec lui, ajoute l'article. Cette rédaction n'est pas tout-à-fait exacte ; car il sembleroit en résulter qu'elle est bien la caution des autres signataires, mais qu'elle n'est pas leur caution solidaire, ce qui n'est pas : car elle n'est en aucune manière leur caution, et elle ne contracte à leur égard aucune obligation. Si donc celui qu'elle a cautionné, vient à être libéré, par exemple, par le paiement fait par un endosseur précédent, elle est également libérée en entier, et ne peut point être poursuivie par celui qui a remboursé la lettre.

(7) *Lorsqu'il y a protêt.*, etc. Il faut qu'il y ait protêt ; et en voici la raison. Celui qui accepte et paie une lettre de change par intervention, est, de droit, subrogé aux droits et actions du porteur contre le tireur et les endosseurs. Or, de droit commun, celui qui paie pour un autre, sans y être obligé, ou sans y avoir un intérêt, n'est point subrogé de plein droit aux droits et actions du créancier. Il faut qu'il y ait subrogation expresse de la part, soit du créancier, soit du débiteur. (*C. C. art.* 1249 *et suiv.*) La faveur du commerce a fait déroger à cette disposition, afin d'engager les tiers à faire honneur à la signature des personnes qui sont obligées de garantir l'acceptation. Mais l'on sent d'après cela, que la dérogation ne doit avoir lieu, qu'autant qu'il est certain que la lettre ne sera pas acceptée ou payée par celui sur qui elle est tirée ; ce qui ne peut être constaté que par un protêt.

Quid si cependant l'acceptation par intervention avoit lieu avant le protêt? je pense que dans ce cas, l'accepteur devroit être regardé comme le *negotiorum gestor* de celui sur qui la lettre de change étoit tirée, et que, dans le cas où il la paieroit par suite de son acceptation, il n'auroit aucun recours contre les endosseurs. Il n'en auroit contre le tireur, qu'autant que celui sur qui la lettre étoit tirée, en auroit eu lui-même, c'est-à-dire, si le tireur n'avoit pas fait provision : et il n'en

auroit au contraire contre le tiré, qu'autant que celui-ci auroit eu provision, parce que l'on peut dire que, dans ce cas, il a géré utilement ses affaires, en le libérant de l'action que le tireur ou le porteur de la lettre avoient contre lui.

(8) *Par toute personne.* Elle peut être acceptée par intervention, même par celui sur qui elle est tirée; si, par exemple, il n'a pas entre les mains de fonds appartenant au tireur, et qu'il en ait à l'un des endosseurs, il refusera d'accepter la lettre au compte du tireur, la laissera protester, et l'acceptera ensuite pour l'honneur de tel endosseur : et s'il paie, il aura recours contre cet endosseur, et les endosseurs précédens, ainsi que contre le tireur, tandis qu'en acceptant purement et simplement, il n'auroit eu de recours que contre le tireur, et tous les endosseurs eussent été libérés, parce qu'à leur égard l'acceptation pure et simple établit la preuve de la provision. (*Art.* 117).

Page 94.

(1) Sous peine de dommages-intérêts. L'intervenant est, dans ce cas, le *negotiorum gestor* de celui pour qui il intervient. Il doit donc faire tout ce qu'exige l'intérêt de ce dernier. Or, il est de l'intérêt de celui pour l'honneur duquel il a accepté, d'être instruit du refus d'accepter, et de l'acceptation par intervention, afin qu'il puisse prendre, en conséquence, ses mesures contre le tireur, et les endosseurs qui le précèdent, et exiger d'eux la caution dont parle l'art. 120.

(2) Cela est tout simple. Il ne seroit pas juste qu'un homme de paille, qui viendroit accepter par intervention, peut-être même frauduleusement, pût empêcher les poursuites du porteur. Mais, dira-t-on, l'acceptation par intervention est donc inutile? En droit, cela est

vrai. Mais de fait, elle est très-utile, et sert très-souvent à empêcher les poursuites. Que pourroit, en effet, exiger le porteur, pour raison du refus de l'acceptation? Une caution solvable. Eh bien, si l'intervenant vaut cette caution, il ne poursuivra pas.

Il faut conclure delà que, si l'accepteur intervenant ne paie pas, le porteur qui veut conserver son recours, doit faire signifier le protêt faute de paiement à celui sur qui la lettre est tirée, qu'il ne lui suffiroit pas, et qu'il seroit-même inutile, pour son recours, qu'il le fît signifier à l'intervenant.

Page 95.

(1) Le grand avantage de la lettre de change, c'est sa circulation rapide, et la certitude d'avoir ses fonds à l'échéance, si l'accepteur est solvable. Or, cette certitude n'existeroit plus, si le paiement pouvoit être arrêté par des oppositions. D'ailleurs elles ne seroient pas fort utiles. Car elles ne pourroient avoir d'effet, qu'autant qu'elles seroient faites sur celui qui se trouveroit propriétaire de la lettre, au moment de l'échéance; et, avec un endossement, cette propriété est si facile à transmettre! On a voulu, en outre, prévenir les fraudes d'un accepteur de mauvaise foi, qui feroit former des oppositions entre ses mains par des personnes apostées, afin de retarder le paiement de la lettre. Cette dernière considération doit faire rejeter l'opinion de ceux qui prétendent que l'article 149 ne doit être entendu que des oppositions faites avant l'échéance, et que le paiement d'une lettre de change échue peut être arrêté par une saisie.

Mais le tireur qui n'auroit pas reçu le montant de la lettre, pourroit-il au moins former opposition? LA SERRA, chap. V, le pensoit, pourvu toutefois que la lettre n'eût pas été négociée; et cet avis étoit aussi celui de SAVARY, (*Parère* 102). Cependant notre article ne paroît pas avoir admis cette exception.

(2) *Fait sans opposition.* Nous venons de voir dans quels cas on peut former opposition.

(3) *Est présumé.* Il n'y a qu'une présomption du nombre de celles qu'on appelle *juris*, c'est-à-dire qui dispense bien celui qui a payé de prouver la validité du paiement, mais qui n'exclut pas la preuve contraire, comme nous allons voir.

Page 96.

(1) On ne peut opposer à cette décision l'axiome de droit : *Omnis gnarus debet esse conditionis ejus cum quo contrahit.* Quand on contracte, on a, ou l'on doit avoir le temps de s'informer de la condition de celui avec lequel on traite, et comme on a pu le connoître, on n'est pas excusable de s'être laissé tromper. Mais, ici, l'accepteur n'a contracté qu'avec le tireur. Le plus souvent le porteur de la lettre lui est absolument étranger. Peut-on l'obliger de prendre des informations sur son compte? En auroit-il le temps? Et si on lui en accordoit la faculté, ne pourroit-il pas en abuser pour retarder le paiement? Il résulte de là que les espèces posées par POTHIER, n° 168 et 169, doivent être décidées d'une manière absolument contraire à l'opinion de ce jurisconsulte.

Mais *quid*, si par un faux commis sur la lettre de change, on a grossi la somme, et que l'accepteur ait payé la somme falsifiée, aura-t-il son recours pour ce qu'il a payé, ou seulement pour le montant réel de la lettre? Je pense avec POTHIER, n° 99, et d'après la Loi 26, § 6. ff. *mandati*, qu'il ne peut avoir de recours que pour le montant réel de la lettre. L'opinion contraire soutenue par SCACCHIA, auroit trop d'inconvéniens, en ce que par-là, ceux sur qui une lettre seroit tirée, se croiroient dispensés de toute précaution et de toute surveillance. Si, cependant, le tireur avoit

donné lieu par sa faute, à la falsification, comme si, par exemple, il avoit laissé du blanc, s'il avoit écrit la somme en chiffres, et que la falsification ait été faite de manière à tromper une attention ordinaire, il n'y a pas de doute qu'il ne fût tenu d'indemniser l'accepteur.

Quid, si la lettre n'est pas simplement falsifiée, mais tout-à-fait fausse ? Il est bien évident que l'accepteur n'a aucun recours contre le tireur.

(2) *Fait présumer le dol* : et d'ailleurs, s'il eût attendu jusqu'à l'échéance pour payer, il eût été possible que le véritable propriétaire formât opposition.

(3) *Si l'une des personnes obligées tombe en faillite. Quid*, si c'est le tiré, et qu'il n'ait pas encore accepté? L'article n'est pas applicable. Il n'y est question que des personnes obligées au paiement. Or, le tiré ne devient obligé que par l'acceptation. Mais il y aura lieu au protêt faute d'acceptation, et à l'application des articles 119 et 120.

Observez que la faculté de donner caution, accordée dans ce cas aux coobligés du failli, est une exception à la rigueur du droit, d'après laquelle, la dette solidaire étant exigible pour l'un des codébiteurs, doit l'être pour tous. Mais l'on n'a pas voulu contraindre tous les obligés à tenir perpétuellement leurs fonds prêts pour le paiement de la lettre; et d'ailleurs il n'en résulte aucun préjudice pour le porteur, puisque la caution assure le paiement à l'échéance.

(4) *Dans la monnaie qu'elle indique*. Je ne pense pas que l'on ait voulu dire par là, que le paiement doit être fait avec les pièces mêmes de la monnaie indiquée, mais bien en monnaie du pays, au cours du change avec celle indiquée. Du moins cela paroît résulter de la discussion. (*Voyez* M. Locré, *sur l'ar-*

ticle 143.) Si donc une lettre de change est indiquée payable en piastres, l'accepteur peut la payer en monnaie de France, représentant, au cours de la place, la quantité de piastres indiquée. Mais alors quel cours suivra-t-on? Sera-ce celui du jour où la lettre a été tirée, ou celui du jour du paiement? Il paroît résulter d'un arrêt du Conseil d'État, du 19 février 1726, rapporté par JOUSSE, dans son Recueil, tom. 3, p. 308, que l'on doit suivre le cours du jour de l'échéance, à moins de stipulation contraire.

Nous disons, *du jour de l'échéance*, et non pas du jour du paiement, parce que les retards que le porteur auroit pu mettre dans la présentation de la lettre, ne peuvent préjudicier à l'accepteur, qui a dû tenir ses fonds prêts au moment de l'échéance. Si donc, dans l'intervalle, il est survenu une diminution dans les espèces, le porteur sera tenu de recevoir son paiement en espèces diminuées, mais au cours qu'elles avoient au jour de l'échéance, et cela pour deux raisons :

La première, c'est qu'il n'a pas été au pouvoir de l'accepteur de se libérer. Dans les créances ordinaires, l'on connoît le plus souvent son créancier, et l'on peut lui faire des offres. Ici, le porteur est presque toujours inconnu à l'accepteur.

La seconde raison, c'est qu'il arriveroit souvent que, si l'on craignoit une diminution d'espèces, on retarderoit la présentation d'une lettre de change, afin d'attendre que la diminution soit arrivée.

Quid, si les espèces ont, au contraire, augmenté? Je pense que la lettre doit être payée en espèces au cours du jour du paiement réel et effectif. La raison de différence avec le cas précédent, c'est que, de droit commun et ordinaire, les paiemens se font en espèces au cours du jour où ils sont faits. Si l'on a admis une disposition contraire dans le cas ci-dessus, c'est pour empêcher les fraudes. C'est donc une exception qui ne doit pas être étendue au cas dont il s'agit, dans lequel

on ne peut supposer de fraude, et qui doit être, d'après cela, décidé par le droit commun.

Quid, si la lettre est payable à vue ? il est clair que, dans tous les cas, le paiement se fait en espèces au cours du jour du paiement même, à moins qu'elle ne contienne stipulation contraire ; ce qui arrive le plus souvent, et ce que l'on exprime en disant : *en espèces au cours de ce jour :* ce qui indique qu'il faut suivre le cours du jour où la lettre a été tirée.

(5) Par conséquent il aura son recours pour ce surplus. Il paroît qu'on pensoit anciennement que le porteur, qui avoit reçu un à-compte de l'accepteur, étoit censé avoir suivi sa foi, et avoir renoncé à tout recours. Cette jurisprudence, contraire tout à la fois aux intérêts du porteur et à ceux des signataires de la lettre, a été avec raison abrogée par le Code.

Page 97.

(1) Voir, à ce sujet, la note (1) de la page 79.

(2) C'est l'acceptation qui forme le contrat entre celui sur qui la lettre est tirée, et le porteur. Par conséquent, l'exemplaire accepté est un titre suffisant pour exiger de lui le paiement.

(3) *A l'égard du tiers, porteur;* on ajoute le mot *tiers*, parce que si le porteur de l'exemplaire accepté est le même que celui auquel la lettre a été payée, il est bien évident qu'il ne peut en demander une seconde fois le paiement. Mais comme il peut l'endosser en fraude au profit d'un tiers, l'on sent qu'une personne de mauvaise foi pourroit très-facilement abuser de cette circonstance.

Quid, pour ce qui concerne le tireur ? L'accepteur est libéré à son égard, sauf qu'il est tenu de le garantir

des poursuites qui pourroient être dirigées contre lui, par le porteur de l'exemplaire accepté.

(4) Quand même il représenteroit la quittance de celui qu'il a payé. En acceptant, il s'est engagé à payer au porteur de son acceptation. Tant qu'elle n'est pas retirée, on peut le contraindre au paiement; il a seulement son recours contre celui qu'il a payé; mais il n'en aucun contre le tireur, si la provision existoit. Si elle n'existoit pas, il n'a recours que pour le simple montant de la lettre. Il doit s'imputer d'avoir payé induement, et de s'être par là exposé à payer deux fois.

(5) Et sans donner caution; parce que, dès que nous supposons que l'exemplaire perdu n'étoit pas revêtu de l'acceptation, celui sur qui elle est tirée, n'est lié envers personne, en particulier. En payant sur un exemplaire quelconque, il est censé accepter la lettre sur cet exemplaire; et il est vrai de dire qu'alors il a retiré l'exemplaire accepté.

(6) Il ne faut pas entendre par ces mots une simple ordonnance du Président, mais un jugement du Tribunal. La décision est bien aussi importante ici, que lorsqu'il s'agit de condamner l'accepteur au paiement d'une lettre de change dont l'exemplaire accepté est représenté.

(7) Pour les qualités que doit avoir cette caution, voyez les articles 2018 et 2019 du Code Civil.

(8) C'est-à-dire par celui auquel l'exemplaire accepté auroit pu être négocié, et qui auroit alors titre valable pour poursuivre l'accepteur.

(9) *L'engagement de cette caution*, et non de celle qui a cautionné par un aval, ainsi que le prétendoient Savary et Jousse, et dont l'engagement n'est prescrit actuellement que par cinq ans.

(10) *Après trois ans.* Observez, 1° que cette prescription court contre toutes sortes de personnes, même mineures et interdites; et 2° qu'on ne peut pas déférer le serment à la caution, quand la prescription est accomplie, comme dans le cas de l'article 189. La raison de différence est que, dans ce dernier article, la prescription est établie en faveur des débiteurs mêmes de la lettre, qui, s'ils n'ont pas réellement payé, *certant de lucro captando;* au lieu que la caution, dans tous les cas, *certat de damno vitando.*

Il peut paroître, au surplus, étonnant que l'engagement de cette caution ne dure que trois ans; car, d'un côté, il est certain que celui qui a reçu induement le paiement de la lettre, peut être poursuivi en restitution pendant cinq ans, par le véritable propriétaire; et que de l'autre, le porteur de l'exemplaire accepté peut également agir pendant cinq ans, contre l'accepteur; et cependant, l'on décharge la caution au bout de trois ans; et l'on ôte par là à l'accepteur la sûreté qui lui avoit été donnée, et d'après laquelle seule il avoit pu être condamné à payer. Il est difficile de rendre d'autre raison de cette disposition singulière, sinon qu'elle existoit dans l'Ordonnance, et qu'il ne paroît pas qu'il en soit résulté, de fait, aucun inconvénient.

Pour concilier cette espèce de contradiction, quelques personnes avoient pensé que l'accepteur qui paie après que toutes les formalités ont été observées, étoit présumé valablement libéré, aux termes de l'article 145, et que la caution n'étoit exigée que dans l'intérêt du porteur de l'exemplaire accepté, qui viendroit réclamer de celui qui a reçu, la restitution de la somme induement payée, en sorte que, dans cette opinion, le porteur n'auroit de recours contre l'accepteur, qu'autant qu'il prouveroit que le premier paiement a été fait par collusion, entre lui et celui qui l'a reçu. Mais alors, pourquoi la loi dispense-t-elle de la caution dans le cas de l'article 150, où il n'y a pas acceptation, et l'exige-t-elle dans le cas de l'article 151, uniquement

parce que la lettre de change perdue est acceptée? C'est dire bien formellement, que la caution est exigée principalement dans l'intérêt de l'accepteur; surtout quand on rapproche ces dispositions de l'article 148, qui déclare en général et sans exception, que celui qui paie une lettre de change, sans retirer l'exemplaire accepté, n'est point libéré à l'égard du tiers, porteur dudit exemplaire.

Page 98.

(1) *Au dernier endosseur :* c'est celui de qui il a acquis, et qui ne peut contester la cession qu'il lui a faite lui-même de la lettre. On sent qu'il n'en est pas de même des endosseurs précédens qui n'ont pas traité avec lui, et qui peuvent ne pas le connoître.

(2) *Qui est tenu.* Observez que cette obligation de l'endosseur existe, quand même, par le fait, le porteur n'auroit point de recours contre lui, *putà*, par le défaut de protêt dans le délai fixé par la loi. *Sic* jugé, avec raison, à Turin, le 9 juillet 1813. (SIREY, 1814; 2e part., pag. 257.)

(3) *Son nom et ses soins. Son nom*, s'il faut faire des poursuites; *ses soins*, s'il est possible d'obtenir le second exemplaire à l'amiable.

(4) *Acceptée ou non.* Ici on exige un jugement et une caution, quoique la lettre ne soit pas acceptée, parce que le porteur n'a pas de titre. Il faut donc, 1° qu'il justifie de sa propriété; 2° que le juge déclare que la justification est suffisante; 3° enfin, comme le juge peut se tromper ou être trompé, et que rien de tout cela ne peut préjudicier aux droits du véritable propriétaire, il faut qu'il y ait caution pour sûreté de la restitution. Mais il est évident que cette caution n'est pas exigée ici seulement dans l'intérêt de celui sur qui la lettre est

tirée, puisqu'il n'a pas accepté. Elle a donc lieu également dans l'intérêt du tireur, qui est lié par sa signature, et aussi du propriétaire de la lettre, en cas d'insolvabilité du tireur, et de celui auquel le paiement a été fait.

(5) *Dit acte de protestation.* Cet acte est revêtu des mêmes formes que le protêt, sinon qu'il ne contient pas la transcription de la lettre, des endossemens, recommandations, etc.

Page 99.

(1) *Après le protêt faute de paiement.* Remarquez une différence. Quand la lettre a été payée par une des personnes obligées au paiement, ou qui en sont garantes, il est indifférent qu'elle ait été, ou non, protestée. Celui qui paie est toujours subrogé, en vertu de l'art. 1251 du Code Civil, n° 3. Mais quand elle est payée par un tiers étranger à l'obligation, il faut qu'il y ait protêt, pour qu'il y ait subrogation; et cela, pour les mêmes raisons qui ont déjà été rapportées ci-devant note (7) de la page 93.

Quid, si elle étoit payée avant protêt par un tiers? Je pense qu'elle devroit être présumée payée à la décharge de l'accepteur; que les endosseurs seroient libérés, ainsi que le tireur, s'il avoit fait provision; et que le tiers qui auroit payé, n'auroit de recours que contre l'accepteur.

(2) *Par toute personne*, même par celui sur qui la lettre est tirée : s'il n'a pas provision, et qu'il ne veuille pas payer au compte du tireur, il peut laisser protester, et payer par intervention pour celui des endosseurs qu'il veut choisir; et alors il a recours, non seulement contre le tireur, mais encore contre l'endosseur pour lequel il a payé, et ceux qui le précédent; au lieu que, s'il eût payé pour le compte du tireur, il n'auroit eu de recours que contre lui, et tous les endosseurs eussent été libérés. Mais il est bien entendu que, pour que celui sur qui la

lettre est tirée, puisse payer par intervention, il faut qu'il n'ait pas accepté purement et simplement. Car alors, il est censé avoir accepté pour le compte du tireur, et il ne peut refuser de payer pour lui.

(3) *Sont constatés.* Comment, et par qui? Quand c'est dans l'acte de protêt, je pense que ce doit être par l'huissier : quand c'est à la suite de l'acte, ce ne peut être que par une reconnoissance de paiement donnée par le porteur de la lettre.

(4) Je n'ai pas dit en général qu'il est subrogé aux droits du porteur, parce que le porteur non payé pourroit exercer son recours contre le tireur et tous les endosseurs, au lieu que l'intervenant pour un endosseur, ne peut exercer de recours contre les endosseurs postérieurs à celui pour lequel il est intervenu. Et en effet, c'est cet endosseur lui-même qui est censé avoir payé par le ministère de l'intervenant, et en payant, avoir libéré tous les endosseurs postérieurs.

Nota. Il a été jugé en Cassation, le 9 décembre 1812, (Sirey, 1816, 1re P., p. 208.) que l'intervenant n'est pas obligé de dire pour qui il intervient.

(5) Le tireur est garant de tous les endosseurs; il ne peut donc exercer contre eux aucun recours.

(6) Chaque endosseur est censé tireur à l'égard des endosseurs qui le suivent, sauf qu'il n'est pas obligé de justifier de la provision.

(7) *Il doit être préféré;* s'il consent à payer pour le compte du tireur. Car si c'est pour le compte d'un endosseur, je pense qu'il ne doit être préféré, qu'autant que le paiement offert par lui, opère plus de libérations.

(8) Ainsi, celui qui offrira de payer pour le compte du

tireur, sera préféré, parce qu'il libère tous les endosseurs. Après lui, ce sera celui qui interviendra pour le compte du premier endosseur; ensuite celui qui intervient pour le second endosseur, et ainsi de suite.

Page 100.

(1) *Le lendemain de l'échéance au plus tard*, pour les lettres de change payables en France. Pour celles payables dans l'étranger, il est évident qu'il faut se conformer, pour le protêt, à la loi, ou à l'usage, du lieu où elles sont payables.

Observez que le 1.er jour de l'année est fête légale, et qu'en conséquence le protêt des effets échus le 31 décembre, ne peut être fait que le 2 janvier. Avis du Conseil d'Etat, approuvé le 20 mars 1810 (Bulletin, n° 5314).

Quel est le délai pour faire enregistrer ? on n'a pas voulu donner de décision fixe à cet égard, (*la régie donne un délai de trois jours pour les exploits*), non plus que sur la question de savoir si le défaut d'enregistrement annulleroit le protêt. Le tout est laissé à l'arbitrage du juge. Il est, au surplus, certain qu'un enregistrement tardif pourroit, en cas de contestation, jeter de véhémens soupçons sur la vérité de la date du protêt.

(2) *Peut.* C'est une faculté qu'il a, et dont il peut ne pas user. Il peut ne faire protester qu'à l'échéance: mais s'il fait le protêt au moment de la faillite, est-il tenu de le renouveler à l'échéance? Je ne le pense pas; mais alors il aura dû exercer son recours dans la quinzaine de la date de ce protêt, (art. 165); mais s'il a fait un second protêt à l'échéance, je pense que le délai fatal de quinzaine, fixé par ledit article, ne courra que

du jour du second protêt, parce que, comme nous avons dit ci-dessus, note (1) de la page 88, le droit accordé au porteur par l'art. 163 est de pure faculté, qu'il peut l'exercer ou ne pas l'exercer, et qu'il peut y renoncer, s'il le juge convenoble; autrement il faudrait aller jusqu'à prétendre que si le premier protêt est nul, le porteur a perdu son reçours, tandis qu'il l'eût conservé, s'il n'eût pas fait de protêt du tout; ce qui n'est pas soutenable.

(3) Peut-on négocier une lettre de change après la faillite de l'accepteur? Oui. Elle n'est censée échue qu'à l'égard de l'accepteur, et non à l'égard du tireur et des endosseurs, qui sont seulement tenus, si on l'exige, de donner caution pour le paiement à l'échéance (*Art.* 448). Mais si celui qui a négocié la lettre, connoissoit ou devoit connoître la faillite, on pensoit qu'il étoit tenu d'en garantir le paiement pendant cinq ans, même sans protêt, ni dénonciation (SAVARY, *Parère* 69). On pourroit décider la même chose encore aujourd'hui, d'après les art. 1276 du Code Civil, et 365 et suivant du Code de Commerce.

(4) On a même jugé à Bruxelles, le 3 janvier 1809, que le porteur d'un effet protesté pouvoit exiger caution, pour le paiement des effets de la même personne, non encore échus. Je crois que cela doit dépendre des circonstances, et surtout de la cause du protêt.

Page 101.

(1) *Ni par le protêt faute d'acceptation.* Il est possible que celui sur qui la lettre est tirée, ait, depuis le protêt, reçu du tireur des fonds suffisans pour le paiement. D'ailleurs, la caution qui a dû être donnée, conformément à l'art. 120, ne peut être poursuivie qu'au-



tant que la lettre n'est pas acquittée à son échéance; et le défaut de paiement ne peut être constaté que par un protêt.

(2) *Ni par la mort.* Où doit être fait, dans ce cas, le protêt? Je pense que c'est au domicile du défunt; et qu'il doit être signifié *aux héritiers ou représentans un tel, en son domicile à*, etc.). (Argument tiré de l'art. 447 du Code de Procéd.)

Quid, si les héritiers présens répondent qu'ils sont dans les délais pour délibérer? Cette réponse doit être prise pour un refus, et donner lieu au recours contre le tireur et les endosseurs, ainsi qu'à la saisie conservatoire des effets de la succession, si toutefois le défunt avoit accepté, conformément à l'art. 172.

Quid, si le porteur est héritier de l'accepteur? Il faut distinguer : s'il est héritier bénéficiaire, il doit toujours faire le protêt, parce qu'il ne confond pas sa créance avec la succession (*C. C. art. 802*). Mais à qui devra-t-il signifier le protêt? Aux autres héritiers, s'il en existe; sinon, au curateur au bénéfice d'inventaire, s'il y en a un de nommé (*C. P.* 996).

Mais *quid*, s'il n'y a ni héritiers ni curateur? Le cas est embarrassant, attendu que le délai du protêt est trop court pour faire nommer un curateur. Je penserois que, pour éviter toute difficulté, l'héritier présumé pourroit, dans ce cas, signifier le protêt aux représentans le défunt et au domicile de ce dernier; ou même, qu'il pourroit se le signifier à lui-même, comme à personne étrangère, et ce, par analogie de ce qui se fait en cas de saisie-arrêt.

Si le porteur est héritier pur et simple de l'accepteur, il faut encore distinguer : s'il est héritier unique, il n'est pas besoin de protêt; la lettre est censée acquittée. *Aditio hereditatis pro solutione cedit*, L. 95. §. 2. ff. *de solutionibus*. S'il a des cohéritiers, comme la confusion n'a lieu que pour partie, il devra leur signifier le protêt, chacun pour sa part.

(3) *Ou faillite*; quand même la faillite seroit publique et affichée, et qu'il seroit, en conséquence, bien constant que la lettre ne sera pas payée. Les actes solennels en général ne se suppléent pas, et ne se font pas par équipollent, surtout lorsqu'ils sont destinés à donner connoissance de quelque fait aux tiers. (*Arg. tiré de l'art.* 1071 *du C. C.*). D'ailleurs la faillite, quelque publique qu'elle soit, a pu, pour raison d'éloignement, ou autre, rester inconnue aux tireur et endosseurs.

(4) *Par aucun autre acte.* Si donc le porteur, au lieu de faire le protêt, avoit assigné l'accepteur, et même l'avoit fait condamner, cela ne suppléeroit pas le protêt, eût-il même dénoncé les poursuites dans le délai prescrit pour la dénonciation du protêt; et il n'en perdroit pas moins son recours contre les endosseurs, et même contre le tireur, si ce dernier avoit fait provision. Il faut avouer que cela tientun peu à subtilité. Mais comme toutes ces dispositions sont de rigueur, il faut s'y conformer exactement.

Au surplus, quand on dit que le protêt ne peut être suppléé par aucun autre acte, il faut entendre un acte fait par le porteur seul, ou par lui avec l'accepteur seulement. Car s'il étoit fait un acte par le porteur, mais de concert avec les endosseurs, ou l'un d'eux, ou s'il existoit la preuve qu'ils l'ont prié de ne pas faire de poursuites, il est certain que cela suppléeroit au protêt, à l'égard de ceux qui auroient concouru à l'acte, ou qui auroient fait cette prière.

On a jugé à Rouen, le 8 juillet 1811, que l'huissier chargé de faire un protêt, et qui fait un acte insuffisant pour y suppléer, est tenu de l'action en garantie à l'égard des parties (SIREY, 1812, 2ᵉ P., p. 97), et en Cassation le 15 mai 1816 (Bulletin, nº 34), que ce recours n'est pas de la compétence des tribunaux de commerce.

Quid, si le porteur est empêché par force majeure de faire le protêt? Il paroît qu'anciennement on pensoit, qu'en cas de preuve évidente d'impossibilité, le porteur

devoit être relevé de la déchéance : (SAVARY, *Parère* 70 ; POTHIER, *n.* 144). Il semble résulter de la discussion que le conseil n'a rien voulu décider à cet égard, mais qu'il a entendu remettre le tout à la sagesse des tribunaux (*Voyez* M. LOCRÉ *sur l'art.* 164 et l'avis du conseil d'état, approuvé le 27 janvier 1814 (Bulletin n° 10071).

(5) Cette permission s'obtient sur requête, et sans assignation préalable. Autrement ce seroit manquer le but de la disposition. Pendant les délais de l'assignation, les effets disparoîtroient.

(6) *Du Juge* : duquel, civil ou de commerce? Du juge de commerce ; arrêt du parlement de Paris du 19 septembre 1755, rapporté par JOUSSE, 3e vol. du Recueil, page 698.

(7) *Conservatoirement.* Ainsi on ne pourra exécuter qu'après avoir obtenu jugement, et fait déclarer la saisie valable. C'est la même chose que la saisie gagerie en fait de loyers. *Voyez les art.* 819 *et suivans du Code de Procédure.* Mais remarquez que cette saisie conservatoire n'empêcheroit pas la déchéance, même à l'égard des saisis, s'il n'y avoit pas protêt et dénonciation de protêt.

(8) Ainsi que de ceux qui ont mis leur aval, art. 142.

(9) *A compter du jour du protêt.* C'est une exception à la règle de droit, d'après laquelle les intérêts d'une somme d'argent ne sont dus qu'à compter du jour de la demande : (*C. C. art.* 1153). Or, un protêt n'est pas une demande. Mais cela a été introduit en faveur du commerce, et parce qu'en fait de lettre de change, le porteur est autorisé à compter sur la rentrée de ses fonds à jour fixe.

(10) La raison donnée dans la note précédente n'existe point ici : on rentre dans le droit commun, et les intérêts ne courent que du jour de la demande.

Page 102.

(1) Mais devant quel tribunal les assignera-t-il ? Je pense qu'il peut les assigner devant le tribunal de l'accepteur. C'est lui qui est le débiteur principal : les autres ne sont que ses cautions solidaires. Mais en même temps, comme ils sont tous défendeurs, il pourra assigner devant le tribunal de l'un d'eux à son choix (Procéd. art. 59). *Sic* jugé à Paris, le 14 septembre 1808 (SIREY, 1814, 2e P., p. 177). Mais observez que ces dispositions ne sont applicables au tiré, qu'autant qu'il a accepté. Angers, 5 janvier 1810 (SIREY, 1810, 2e P., p. 199).

Quid, s'il n'y a pas eu d'acceptation ? Cela ne fait rien : la compétence du juge, en matière de commerce, se détermine par le lieu où le paiement devoit être fait : (*C. P. art.* 420). Mais il pourra les assigner aussi devant le juge du lieu où la lettre a été tirée : (*C. P. ibid.*)

(2) *Et à défaut de remboursement.* Il paroîtroit résulter de-là qu'il faut absolument deux actes, l'un pour notifier le protêt, et l'autre pour citer. Mais la citation suppléeroit-elle la dénonciation du protêt ? Non : cette dénonciation a pour but de mettre l'endosseur attaqué à portée de recourir contre les endosseurs précédens. Il ne peut exercer ce recours qu'en leur faisant notifier le protêt ; et comment le pourra-t-il, s'il ne lui a pas été notifié à lui-même ?

(3) *En les faisant citer.* Remarquez que cette citation ne peut être donnée qu'à la requête du propriétaire de la lettre, à la différence du protêt, qui peut être fait à la requête du porteur, lequel peut, comme nous avons vu, n'être pas le propriétaire ; *putà*, si l'endos-

sement passé à son profit ne vaut que comme procuration. Voyez ci-dessus la note (10) de la page 80.

(4) *De quinze jours.* Mais il faut que la citation soit donnée dans les quinze jours. Si donc on laissoit expirer le quinzième jour, sans citer, il y auroit déchéance. Arrêt de Cassation du 22 juin 1812. (SIREY, 1812; prem. part., pag. 355.) *Quid*, si le dernier jour de la quinzaine est férié, pourroit-on citer encore le lendemain? On peut argumenter, pour l'affirmative, de la disposition de l'art. 162, qui donne un jour de plus pour faire le protêt, quand le lendemain de l'échéance de la lettre est un jour férié. Je pense, néanmoins, qu'il faut tenir la négative, mais que l'on peut donner la citation le dernier jour, quoique férié, toutefois avec la permission du juge. (*C. P. art.* 1037.) Quant à l'article 162, il est évident que c'est une exception fondée sur ce que le délai n'étant que d'un jour, si ce jour est férié, il a dû en être donné un autre. Mais quand le délai est de quinze jours, on a pu prévoir que le dernier étoit férié, et prendre ses précautions en conséquence. C'est l'avis d'EMERIGON (*des Assurances, ch. XIX, sect. XVI.*) Et cela a été ainsi jugé en Cassation, le 6 juillet 1812. (SIREY, 1812; prem. part., pag. 366.)

(5) *Les tireur et endosseurs*, et non l'accepteur, qui peut toujours être poursuivi pendant cinq ans.

(6) *Résidant en France.* Quant à ceux résidant en pays étranger, il faut suivre, à leur égard, les lois du pays où ils résident.

Page 103.

(1) *A l'égard de chacun d'eux :* il ne peut cumuler les délais. Si, par exemple, il assigne l'endosseur qui précède celui qui lui a passé la lettre, il ne peut

pas réclamer, d'abord le délai qu'il auroit eu contre son propre endosseur, et en outre celui que ce dernier auroit eu contre l'endosseur précédent. Il ne peut réclamer que celui qui est déterminé par la loi, relativement à lui, et à l'endosseur qu'il assigne. *Sic* jugé en Cassation, le 7 septembre 1815. (SIREY, 1816; prem. part., pag. 147.) et le 29 juin 1819. (*Ibid.* 1819, pag. 434.)

(2) *Quid*, si tous les signataires de la lettre ont fait faillite, le porteur est-il colloqué dans chaque masse, pour le total de la lettre, ou pour ce qui lui reste dû, déduction faite de ce qu'il a reçu dans les autres masses? Nous verrons la réponse à cette question au titre *des faillites*.

Page 104.

(1) Chaque endosseur est porteur à l'égard de ceux qui le précèdent, comme il est tireur à l'égard de ceux qui le suivent; sauf qu'il n'est pas obligé de prouver que la provision existe. Au reste, ils peuvent tous, comme garans, être assignés devant le Tribunal où la cause principale est pendante. (*C. P. art.* 181 et 420.) Appliquez ce qui est dit ci-dessus note (1) de la page précédente, et (1) de la page 102.

(2) *Des mêmes droits*. C'est-à-dire qu'il peut poursuivre le tireur et les endosseurs qui le précèdent, ou collectivement, ou individuellement, à son choix.

(3) *Il est déchu;* quand même il seroit mineur ou interdit, sauf son recours contre qui de droit. Cette déchéance peut être opposée en tout état de cause. Arrêt déjà cité de la Cour de Cassation du 29 juin 1819. (SIREY, 1819; prem. part., pag. 434.)

(4) Soit que la lettre ait été acceptée ou non. *Le tireur seul est tenu de prouver la provision*, dit l'art. 117.

Mais, dira-t-on, ils sont garans du défaut d'acceptation. Or, quand la lettre n'a pas été acceptée, le refus de paiement équivaut au refus d'acceptation.

Cela est vrai. Aussi les endosseurs sont-ils garans en général du défaut de paiement, même quand il y a eu acceptation; et s'ils sont relevés de cette obligation dans le cas dont il s'agit, c'est parce que le porteur est en faute, et qu'il ne doit pas dépendre de lui de prolonger indéfiniment leurs risques par sa négligence, et de les exposer par là au danger d'une faillite de la part de leur cédant, ou du tireur lui-même. Sans doute le paiement peut être comparé à l'acceptation, dans le sens que celui qui paie une lettre de change, est censé à plus forte raison l'accepter. Mais il y a cette différence, que l'acceptation a toujours lieu avant l'échéance, c'est-à-dire dans un temps pendant lequel les endosseurs savent très-bien que la lettre n'est pas encore payée, et qu'ils en sont garans. Mais quand l'échéance est passée, sans qu'il ait été fait contre eux aucunes poursuites, ils ont dû croire que la lettre avoit été payée; et s'il y a, dans ce cas, quelqu'un à punir, ce doit être certainement le porteur qui ne peut éviter le reproche de négligence.

(5) *Quid*, à l'égard du donneur d'aval? S'il a donné son aval pour une personne désignée, il suit sa condition, et il est libéré quand elle l'est elle-même. *Quid*, s'il a cautionné simplement le paiement? Je crois qu'il n'y a déchéance, à son égard, que quand elle existe même à l'égard du tireur. (*Art.* 142.) Voir un arrêt de Limoges du 18 juin 1810 (SIREY, 1812; 2e part., pag. 381); et un arrêt de Cassation du 30 mars 1819. (*Ibid.*, 1819; prem. part., pag. 345.)

(6) Donc, s'il n'y a pas provision, le tireur ne peut opposer la déchéance, quand même la lettre auroit été acceptée. Nous avons vu que l'acceptation n'établit la preuve de la provision qu'à l'égard des endosseurs. A l'égard du tireur, elle ne fait que la supposer; et, si elle

est déniée, c'est à lui à en prouver l'existence (art. 117). Il en est de même de ses cautions, et de ceux qui ont donné leur aval pour lui. Arrêt déja cité de Limoges, 18 juin 1810. (SIREY, 1812; 2° part., pag. 381.)

Observez en outre que le défaut de provision ne relève le porteur de la déchéance qu'à l'égard du tireur. D'après l'ordonnance, elle le relevoit, même à l'égard des endosseurs. Une lettre de change, disoit-on, est réellement la cession d'une créance du tireur sur celui qui doit payer la lettre; ladite cession faite par le tireur, à celui au profit de qui la lettre de change est tirée. Quand ce dernier l'endosse au profit d'un tiers, il est censé lui céder cette créance; et ainsi de tous les autres endosseurs. Or, tout cessionnaire de créance est obligé, de droit, de garantir l'existence de la créance cédée, au moment où il la cède. (*C. C. art.* 1693). Mais il n'y a vraiment de créance du tireur contre celui sur qui la lettre est tirée, que quand il y a provision. Donc, quand la provision n'a pas été faite, chaque endosseur a cédé une créance qui n'existoit pas. Donc, il doit être tenu indéfiniment. Ce raisonnement n'a pas été adopté. On a pensé que la provision étoit uniquement du fait du tireur, et que c'étoit lui seul qui devoit être responsable de son existence.

Mais remarquez que, quand la lettre a été tirée à l'ordre du tireur lui-même, et qu'il l'a endossée au profit d'un tiers, il ne peut, ainsi que nous l'avons dit dans la note (1) de la page 71, réclamer, comme endosseur, le bénéfice de cette disposition. Nous avons établi dans cette note, qu'il était réellement et uniquement tireur, et, en cette qualité, sujet à l'action indéfinie du porteur, s'il n'a pas fait provision.

Si la lettre est payable à un autre domicile que celui du tiré, suffit-il de prouver que la provision existoit entre les mains de celui-ci? Il a été jugé à Paris, le 17 mai 1811, qu'il falloit que la provision existât au lieu désigné pour le paiement. (SIREY, 1812; 2.e P., p. 13). Cet arrêt a été cassé (*Ibid.*; 1.re P., p. 137.) et l'affaire

renvoyée à Rouen, où elle a été jugée dans le sens contraire à l'arrêt de Paris, le 31 mars 1813 (*Ibid.* 1813; 2.e P., p. 257.)

Observez, au surplus, que la déchéance a lieu contre le porteur, dans les cas ci-dessus exprimés, quand même il auroit pris la voie du rechange ou de la retraite dont il va être parlé. Il doit faire concourir les deux moyens.

Il faut cependant excepter un cas, où l'endosseur est tenu indéfiniment, quoiqu'il n'y ait pas eu de protêt : c'est quand la lettre n'a pas été protestée à l'échéance, et qu'elle a été négociée depuis. Celui au profit duquel l'endossement a été fait, n'est pas tenu de faire le protêt, puisque le délai est expiré; et il peut, néanmoins, poursuivre son endosseur pendant cinq ans. C'est l'opinion de SAVARY, part. I, liv. III, chap. VI. Mais il ne peut poursuivre que son endosseur. Tous ceux qui ont négocié la lettre avant l'échéance, sont libérés par le défaut de protêt, ainsi que le tireur, s'il a fait provision.

Quid, si la provision existoit, mais qu'avant l'échéance, le tiré soit tombé en faillite? Jugé à Paris le 18 novembre 1813, que la provision est censée ne plus exister. (SIREY, 1816; 2.e P., p. 100). On s'est pourvu, et le pourvoi a été rejeté, le 7 février 1816. (*Ibid.*; 1.re P., p. 363).

(7) *Qui a reçu*, de l'accepteur, ou même du tireur, si c'est un des endosseurs.

(8) Cela est tout simple. Pourquoi cette déchéance est-elle établie? C'est uniquement en raison du dommage que la négligence du porteur pourroit occasioner aux signataires de la lettre, qui auroient pu, s'ils eussent été instruits du refus de paiement, faire leurs diligences, soit contre l'accepteur, soit contre ceux qui devoient les garantir. Or, dans l'espèce, ils n'éprouvent pas de dommages, puisqu'ils ont touché les fonds destinés au paiement. D'ailleurs, dans ce cas, *certant de lucro cap-*

tando; on doit leur préférer le porteur qui *certat de damno vitando.*

(9) Remarquez que l'accepteur d'une lettre de change n'est pas un garant, une caution, dont la condition doive suivre celle du débiteur principal. Car alors, il devroit être libéré en même temps que le tireur. L'obligation de l'accepteur est elle-même une obligation principale, qui subsiste indépendamment de toute autre. Il peut être poursuivi quand il a accepté, parce qu'il s'est obligé par-là au paiement : il peut l'être, quand il a provision, quand même il n'auroit pas accepté, parce qu'ayant en main les fonds suffisans, le paiement de la lettre ne lui cause aucun préjudice. D'ailleurs le porteur conserve toujours la qualité de cessionnaire du tireur. Il ne peut plus à la vérité exercer contre lui de recours en garantie. Mais il n'en peut pas moins exercer les droits qui lui ont été cédés. Or, au nombre de ces droits, se trouve celui de contraindre au paiement celui qui a provision. Mais l'accepteur qui a payé pendant les cinq ans, a-t-il un recours, quand les formalités requises n'ont pas été observées ? Il n'en a aucun, dans aucun cas, contre les endosseurs. Il n'y a point de contrat entre eux et lui ; et d'ailleurs, par cela seul qu'il a accepté, il est censé, vis-à-vis des endosseurs, avoir reçu la provision. (*Art.* 117). Mais il n'est pas douteux qu'il n'ait un recours contre le tireur, quand la provision n'a pas été faite. Il est, comme nous l'avons dit, son mandataire, et il peut exercer l'action de mandat pour se faire indemniser du préjudice que lui a causé l'exécution du mandat, c'est-à-dire le paiement de la lettre. Voir ci-après note (2) de la page 113 dans quel délai ce recours doit être exercé.

Page 105.

(1) Voyez l'Ordonnance du commerce, tit. 6.

(2) *Quid*, s'il ne trouve de lettre de change ni sur le tireur, ni sur aucun des endosseurs? On pensoit dans l'ancien droit qu'il pouvoit en prendre sur toute personne, et qu'il pouvoit même prendre de l'argent à intérêt. Je pense qu'il en seroit de même aujourd'hui. L'article 164 lui donne une action en garantie ; ce qui doit comprendre l'indemnité de tout le dommage que le non-paiement de la lettre lui fait éprouver. Cependant, remarquez que cette action ne va pas jusqu'à l'indemniser de tout le gain qu'il auroit pu faire, si la lettre eût été payée. Il faut à cet égard suivre les distinctions apportées par les art. 1150 et 1151 du Code Civil.

(3) *Il se rembourse.* Mais remarquez que, comme nous l'avons dit, cela ne préjudicie point à l'obligation de remplir les formalités ci-dessus prescrites. A défaut de ces formalités, la retraite n'empêcheroit pas la déchéance.

(4) *Des frais*, c'est-à-dire, non-seulement de ceux de protêt, mais encore ceux de banque, de commission, etc.

(5) Par conséquent, si le porteur de la lettre protestée, au lieu de prendre une retraite sur le lieu d'où la première a été tirée, en prend une sur une place où le change soit plus considérable, il ne peut toujours réclamer le rechange, que conformément au cours du lieu où la lettre étoit payable sur celui d'où elle a été tirée ; pourvu, cependant, qu'il y ait un commerce ordinaire et réglé entre les deux places. Car autrement, on doit lui passer le rechange pour le lieu le plus voisin, ou même quelquefois on doit lui en passer plusieurs. Ainsi, Pétersbourg n'a point de change réglé sur Paris. C'est ordinairement par l'intermédiaire de Hambourg que le change a lieu. Il résulte de-là, que le porteur d'une lettre protestée de Paris sur Pétersbourg, peut prendre

en retour une lettre de Pétersbourg sur Hambourg, et si elle n'est pas payée, en prendre une seconde de Hambourg sur Paris : dans ce cas, par conséquent, il peut exiger deux rechanges. Mais LA SERRA observe avec raison, chap. XV, qu'en tirant de Pétersbourg sur Hambourg, le porteur doit en prévenir le tireur, ou celui sur qui il fait la retraite, afin qu'il fasse, s'il le peut, les fonds à Hambourg pour le paiement de la première retraite, et qu'il évite, par là, le rechange de Hambourg sur Paris.

Page 106.

(1) Mais le rechange peut être différent pour chacun d'eux, comme nous le verrons plus bas.

(2) Avec les intérêts à compter du jour du protêt faute de paiement, jusqu'au jour où les fonds sont rentrés, (art. 184).

(3) Domicilié dans une autre place que celle d'où la lettre a été tirée.

(4) Ce certificat est nécessaire, quand même la retraite seroit faite sur un endosseur domicilié dans une autre place; parce qu'en définitif le tireur ne doit qu'un rechange, celui constaté par le certificat, comme nous allons le voir dans la note suivante.

Mais, *quid*, si le lieu où la lettre étoit payable, n'est point place de commerce, et que conséquemment il n'y ait pas de cours, ce que la loi suppose, lorsqu'elle dit qu'il pourra ne pas y avoir d'agens de change ? Je pense que l'on doit prendre le change du lieu le plus voisin.

Page 107.

(1) *Quid*, si le porteur a été remboursé à l'amiable

par son endosseur, ce dernier pourra-t-il faire un compte de retour, et une retraite, soit sur un des endosseurs précédens, soit sur le tireur? Je n'y vois aucune difficulté : l'endosseur qui a payé, est subrogé à tous les droits du porteur; il peut donc faire la retraite et le compte de retour, mais comme le porteur l'auroit pu faire, c'est-à-dire, du lieu où la lettre étoit payable, sur celui d'où elle a été tirée, et non pas du lieu où elle a été négociée à lui endosseur, sur celui d'où elle a été tirée. Ainsi, Pierre tire une lettre d'Amsterdam sur Paris, au profit de Jacques. Jacques la négocie à Anvers, au profit de Paul. Paul n'étant pas payé de la lettre à Paris, la renvoie à Jacques d'Anvers, qui la lui rembourse à l'amiable : je pense que Jacques pourra faire sur Pierre un compte de retour, comme Paul l'auroit pu faire, c'est-à-dire, de ce qu'il en auroit coûté pour avoir une lettre de Paris sur Amsterdam.

(2) Pour entendre cette disposition, il est nécessaire d'entrer dans quelques détails.

Il faut d'abord reconnoître, en principe, que dans une lettre tirée, par exemple, de Paris sur Hambourg, l'obligation du tireur ne consiste qu'à faire payer la lettre à Hambourg; ou, à défaut de paiement, à en rembourser le montant à Paris, en indemnisant le porteur du rechange de Hambourg sur Paris seulement. Si donc, dans l'intervalle, la lettre est négociée dans différentes places, ce ne peut être que pour l'intérêt et aux risques de ceux qui la négocient; et cela ne peut rien ajouter à l'obligation du tireur. Supposons maintenant que la même lettre tirée par Paul de Paris, sur Pierre de Hambourg, au profit de Jacques d'Anvers, soit négociée par ce dernier à Anvers, au profit de Lefèvre d'Amsterdam, passée par celui-ci à Durand de Hambourg, et qu'elle soit ensuite protestée, Durand prend une retraite et fait un compte de retour sur Lefèvre d'Amsterdam; celui-ci peut bien prendre une retraite également sur Jacques d'Anvers, et ce dernier sur le tireur Paul de Paris. Mais

le compte de retour doit être le même à l'égard de tous, c'est-à-dire que chacun de ceux sur qui la retraite est faite, n'est tenu que de rembourser le principal de la lettre protestée, et les frais faits à Hambourg pour se procurer la première retraite, sauf le rechange, à l'égard duquel la disposition est différente, comme nous l'allons voir tout-à-l'heure.

Remarquons, en effet, qu'abstraction faite du rechange, les frais à faire pour se procurer une retraite de Hambourg sur Amsterdam, ne sont ni plus ni moins considérables que ceux qu'il auroit fallu faire pour s'en procurer une sur Paris; que, si la lettre fût restée entre les mains de celui au profit duquel elle avoit été originairement tirée, il n'auroit pu demander au tireur que les frais de la retraite de Hambourg sur Paris; que la négociation faite par lui à Anvers, n'a eu lieu que dans son intérêt, et parce qu'il a mieux aimé recevoir à Anvers, une somme qu'il ne devoit toucher qu'à Hambourg; que si, en conséquence, cette négociation occasionne une augmentation de frais, cette augmentation doit être à sa charge; qu'il en doit être de même à l'égard de chaque endosseur, attendu que toutes les négociations faites dans les places intermédiaires, sont absolument étrangères au tireur, et qu'elles ne peuvent, comme nous l'avons dit, rien ajouter à son obligation primitive. Tel est le motif de la disposition de l'art. 182, portant qu'il ne peut être fait qu'un seul compte de retour sur la même lettre, c'est-à-dire, celui des frais faits dans le lieu où elle étoit payable; ledit compte devant être remboursé d'endosseur à endosseur respectivement, et définitivement par le tireur; et tous les frais faits dans les places intermédiaires, devant être supportés par les endosseurs qui y ont négocié la lettre.

Nous avons, jusqu'à présent, en parlant des frais de retraite, fait abstraction du rechange, parcequ'à cet égard, la disposition n'est pas tout-à-fait la même. Ce n'est pas que les rechanges puissent être cumulés. L'art. 183 porte que chaque endosseur n'en doit sup-

porter qu'un seul, ainsi que le tireur. Mais remarquez la différence de rédaction des deux art. 182 et 183. Le premier indique évidemment qu'il ne peut être fait qu'un seul compte de retour sur la même lettre, et que c'est le même qui est remboursé d'endosseur à endosseur respectivement, et définitivement par le tireur. L'article 183 dit bien également qu'il ne peut être supporté qu'un seul rechange, soit par chaque endosseur, soit par le tireur; mais il ne dit pas que ce soit le même rechange : ceci a encore besoin d'explication.

Reprenons l'espèce ci-dessus. Durand, porteur de la lettre protestée, prend une retraite de Hambourg sur Lefèvre d'Amsterdam; Lefèvre en prend une d'Amsterdam sur Jacques d'Anvers; et Jacques en prend une sur le tireur Paul à Paris. De là il arrivera qu'il y aura trois rechanges à payer : celui de Hambourg sur Amsterdam; celui d'Amsterdam sur Anvers; et celui d'Anvers sur Paris. Nous disons que chaque endosseur n'en doit supporter qu'un seul, non plus que le tireur; mais que ce ne sera pas le même. En effet, il est constant, en premier lieu, que Lefèvre d'Amsterdam doit à Durand le rechange de Hambourg sur Amsterdam : mais ensuite Lefèvre en prenant la retraite sur Jacques d'Anvers, peut-il exiger de lui : 1° le change de Hambourg sur Amsterdam que lui Lefèvre a remboursé à Durand; et 2° celui d'Amsterdam sur Anvers, qu'il a dû payer pour se procurer la retraite sur Jacques? Non, il n'en peut exiger qu'un seul, et ce sera celui de Hambourg sur Anvers. Il en doit être de même à l'égard de Jacques, qui en prenant la retraite sur le tireur Paul à Paris, ne peut exiger de lui que le change de Hambourg sur Paris; et cela par suite du principe posé au commencement de cette note. Car de même que le tireur ne peut être passible des frais occasionnés par les négociations intermédiaires, mais seulement de ceux résultant de la retraite de Hambourg sur Paris; de même chaque endosseur, qui est vraiment tireur à l'égard de ceux qui le suivent,

sauf la disposition relative à la provision, n'est également passible que du change de Hambourg sur le lieu où il a négocié la lettre. Ainsi, Lefèvre d'Amsterdam doit le rechange de Hambourg sur Amsterdam; Jacques doit celui de Hambourg sur Anvers; et Paul doit celui de Hambourg sur Paris.

On voit par là, comment doit être entendue la disposition de l'art. 183. C'est pour la même raison que l'art. 181, après avoir dit que l'on doit joindre au compte de retour, un certificat constatant le prix du change auquel la retraite a été négociée, ajoute que, quand cette retraite est faite sur l'un des endosseurs, il faut y joindre, en outre, un certificat constatant le cours du change, du lieu où la lettre étoit payable sur celui d'où elle a été tirée, parce que, comme nous venons de le démontrer, c'est de ce seul change que le tireur est passible en définitif. Cependant cette disposition n'est pas encore suffisante : on eût dû, dans le cas supposé, exiger le certificat du cours des changes du lieu où la lettre étoit payable, sur tous les lieux où elle a été négociée, depuis le tireur, jusqu'à l'endosseur sur lequel la retraite est faite. On voit, en effet, par l'espèce ci-dessus, que, si la retraite est faite sur Lefèvre, il est essentiel de connoître, non seulement le change de Hambourg sur Paris, qui sera supporté par le tireur, mais encore celui de Hambourg sur Anvers, qui devra être supporté par l'endosseur Jacques.

L'article 6 du titre 6 de l'ordonnance, portoit que, quand le tireur avoit donné par, la lettre, pouvoir de la négocier dans certaines places, il étoit passible des rechanges qui avoient eu lieu dans les places indiquées, et que tous les rechanges quelconques étoient à sa charge, quand le pouvoir de la négocier étoit indéfini. Cette disposition subsisteroit-elle encore aujourd'hui? Je ne vois rien qui s'y oppose. Elle ne renferme rien de contraire aux bonnes mœurs, ni aux lois commerciales.

Page 108.

(1) *Il peut.* Cela est facultatif. C'est au juge à examiner s'il a pu payer, s'il a été suffisamment prévenu par le tireur, etc. On pensoit même anciennement que l'on ne devoit point tirer une lettre de change sur une personne, sans l'avoir prévenue, et sans avoir obtenu son consentement au moins tacite, quand même cette personne auroit été débitrice du tireur, d'une somme égale et même supérieure au montant de la lettre : je regarde cela comme une déférence qui doit être maintenue. Je parlerai de nouveau de cet objet dans une note sur le quatrième livre.

(2) *Envers le tireur*; mais non envers les endosseurs, ni envers le porteur, avec lesquels il n'a pas contracté, puisque nous supposons qu'il n'a pas accepté la lettre. Remarquez en outre que, si la dette dont il est tenu envers le tireur, n'est pas commerciale, il ne peut être poursuivi commercialement dans ce cas, même par le tireur, comme il pourroit l'être, s'il avoit accepté la lettre. Mais dans le cas où il peut être poursuivi commercialement, pourroit-il l'être devant le tribunal où le tireur est traduit? Jugé l'affirmative en Cassation, le 12 juillet 1814 (SIREY, 1814; 1re P., p. 172). Et en effet, il est en quelque sorte garant du tireur, puisque l'on suppose qu'il a en main, au compte du tireur, de quoi payer la lettre.

Page 110.

(1) L'accepteur d'une lettre fausse, qui en découvriroit la fausseté après l'acceptation, est-il tenu de la payer? Dans les principes rigoureux du droit civil, cela pourroit faire question. Mais, comme nous l'avons déjà observé, ces principes ne peuvent s'appliquer dans

toute leur étendue aux transactions commerciales. Je pense donc, à cet égard, que, si la lettre a été négociée depuis l'acceptation, les juges devront examiner scrupuleusement s'il y a quelque apparence que le porteur actuel ait eu connoissance du faux quand il a pris la lettre; et que, dans le cas de la négative, ils doivent condamner l'accepteur à payer, sauf son recours, s'il y a lieu. C'est à lui à s'imputer d'avoir accepté une lettre fausse : le porteur peut dire avec avantage, qu'il s'est peu embarrassé des signatures du tireur, des endosseurs, etc., qu'il ne connoissoit pas, ou en qui il n'avoit nulle confiance; qu'il n'a vu que celle de l'accepteur; que cette signature étant vraie et certaine, sa confiance ne peut être trompée; etc. Que l'on observe d'ailleurs que le porteur n'est rigoureusement tenu de connoître que la signature de l'endosseur, qui lui a transmis la lettre; que l'accepteur au contraire doit connoître la signature du tireur. Si donc la signature du dernier endosseur est véritable, et que celle du tireur soit fausse, c'est l'accepteur seul qui est en faute de l'avoir méconnue. Par la même raison, si celui sur qui la lettre est tirée, ne l'accepte pas, ou si, après l'avoir acceptée, il ne la paie pas, le porteur a son recours contre son endosseur; celui-ci contre l'endosseur précédent; et ainsi de suite, jusqu'à l'auteur du faux. Mais ce dernier pourroit-il opposer la prescription de cinq ans? Je ne le pense pas. Il ne peut opposer que celle résultante du Code Criminel, art. 637.

Mais, *quid*, si la lettre est présentée au paiement par celui qui en étoit porteur au moment de l'acceptation, et que je suppose de bonne foi? La raison de douter se tire, de ce que le porteur ne peut dire que c'est la signature de l'accepteur qui l'a déterminé à prendre la lettre, puisqu'il en étoit déjà porteur, quand elle a été présentée à l'acceptation. Mais néanmoins, je pense que l'accepteur est toujours tenu de payer : le porteur peut dire avec avantage encore, que l'acceptation l'a entièrement tranquillisé sur le sort de la lettre; que, si

elle n'eût pas été acceptée, il se fût pourvu contre son endosseur; que, pendant le temps qui s'est écoulé depuis l'acceptation, les circonstances ont pu changer; que les preuves du faux ont pu dépérir, etc.

Quid, dans l'espèce suivante?

Une lettre a été délivrée en plusieurs exemplaires. L'un d'eux a été présenté à l'acceptation, et accepté. A l'échéance, l'accepteur paie, et retire l'exemplaire sur lequel il croit voir son acceptation. Mais la signature étoit fausse. Le porteur de l'exemplaire vraiment accepté se présente. On demande.

1° Si l'accepteur est obligé de payer une seconde fois : l'affirmative ne peut souffrir aucun doute.

2° S'il aura une action en répétition contre celui qui a reçu le premier paiement, et que l'on suppose de bonne foi. Je suis également de l'avis de l'affirmative. Il est certain que l'accepteur n'avoit contracté aucun engagement envers le porteur de la fausse acceptation. En le payant, il a donc payé ce qu'il ne devoit pas.

(2) *Garans solidaires*. Ils sont ses garans solidaires, et non pas ses codébiteurs : il y a cette différence que, dans le cas des codébiteurs solidaires, le créancier peut s'adresser à celui qu'il veut, sans être obligé d'attaquer l'un plutôt que l'autre; tandis que, dans le cas de garans solidaires, le créancier est obligé de s'adresser d'abord au débiteur principal, c'est-à-dire à l'accepteur; et il ne peut recourir aux garans, qu'après avoir fait constater le refus de payer de la part du débiteur.

(3) Ces causes sont la violence, le dol, et l'erreur. Mais il faut bien observer qu'aux termes de l'art. 1111 du Code Civil, la violence est une cause de nullité, quoiqu'elle ait été exercée par un tiers, autre que celui au profit duquel la convention a été faite; tandis que, d'après l'article 1116, le dol n'est une cause de nullité que quand il a été commis par la personne même avec laquelle on a contracté: or, nous avons vu que

celui sur qui la lettre est tirée, contracte, en l'acceptant, l'obligation de la payer, non-seulement envers celui qui la présente à l'acceptation, mais encore envers celui qui s'en trouvera porteur à l'échéance. De ces divers principes il résulte que l'acceptation faite par violence est nulle à l'égard de tous; pourvu toutefois que l'accepteur, aussitôt que la violence a cessé, ait donné avis par les journaux ou autre voie quelconque publique, de la contrainte exercée contre lui : au contraire, l'acceptation faite par dol n'est point nulle à l'égard de ceux qui n'ont pas participé au dol, sauf le recours de l'accepteur contre celui qui l'a trompé.

Quant à l'erreur, elle est assez difficile à imaginer. On peut cependant supposer qu'il y a deux tireurs du même nom, et que celui à qui la lettre a été présentée, a accepté pour l'un, croyant accepter pour l'autre. Mais je ne pense pas que cette cause de nullité puisse être invoquée. C'est à l'accepteur à prendre ses précautions : il doit connoître la signature de celui pour lequel il accepte.

(4) C'est une suite du principe que l'erreur dans les motifs de l'obligation de la part de l'un des contractans, n'annulle pas la convention (POTHIER, *des Obligations en général*, *n.°* 20). Il faut cependant excepter le cas où il y auroit dol prouvé de la part du porteur; si, par exemple, l'accepteur ayant des doutes sur la situation actuelle du tireur, et voulant s'en assurer, le porteur qui connoissoit la faillite, l'en avoit empêché en lui procurant de faux renseignemens sur la solvabilité prétendue du tireur. POTHIER, n.° 118, prétend même que le silence seul gardé par le porteur sur la faillite du tireur, qu'il connoissoit, suffit pour qu'il y ait dol de sa part, et pour lui ôter toute action contre l'accepteur. CICÉRON décide également dans ce sens une question, qu'il examine dans son *Traité des Offices :* mais je doute que cette opinion, quelque équitable qu'elle paroisse, soit admise dans les Tribunaux.

Mais, si l'accepteur connoît la faillite, doit-il accepter, même quand il a provision? Ce qui donne lieu à cette question, c'est que, d'après un principe que nous aurons occasion de répéter souvent au titre *des faillites*, une fois la faillite ouverte, aucun créancier, non privilégié, n'a le droit d'être payé de préférence à un autre. Or, si celui sur qui la lettre est tirée, a des fonds appartenant au tireur, il suit de ce principe qu'ils appartiennent à tous les créanciers de ce dernier, et que celui sur qui la lettre est tirée, n'a pas le droit d'en disposer, plutôt en faveur de l'un que de l'autre. Par conséquent, il semble qu'il faudroit dire avec LA SERRA, chap. IX, que, s'il est prouvé que l'accepteur connoissoit la faillite, quand il a accepté, il est bien tenu envers le porteur pour le montant total de la lettre; mais qu'à l'égard des autres créanciers du tireur, il est tenu de restituer à la masse les fonds destinés au paiement de la lettre, comme s'il ne l'avoit pas payée; et sauf à exercer dans la faillite les mêmes droits qu'y auroit exercés le porteur de la lettre, si elle n'eût pas été acquittée. Mais, s'il a accepté de bonne foi, alors comme il est toujours tenu d'acquitter la lettre, les fonds qui lui ont été remis à cet effet par le tireur, sont devenus sa propriété, et ne peuvent être saisis par les agens de la faillite, qu'autant que la lettre se trouveroit n'être pas acquittée à l'échéance.

Est-ce à lui à prouver sa bonne foi? La bonne foi se présume toujours. C'est à celui qui allègue la mauvaise foi, à la prouver. (*C. C. art.* 2268).

(5) Quand il y a subrogation, le porteur est bien satisfait et désintéressé; mais l'obligation n'est pas éteinte, puisqu'elle subsiste en faveur de celui qui a payé.

Page 111.

(1) Si, par exemple, le porteur a reçu en paiement

de l'accepteur un billet valeur reçue comptant. Dans ce cas, il y a ce que les jurisconsultes appellent *fictio brevis manûs :* le porteur est censé avoir reçu de l'accepteur le montant de la lettre de change, et lui avoir ensuite prêté la même somme sur son billet. *Voyez* dans POTHIER, *n.*° 189, une espèce dans laquelle ce jurisconsulte examine s'il y a eu novation, et se prononce, avec raison, pour la négative.

(2) Il faut qu'elle soit acceptée, d'après le principe, *res eodem modo dissolvi debent, quo fuerant colligatæ.* Il a fallu le concours des deux volontés pour donner naissance à l'obligation, il faut le même concours pour la détruire. Tant que ce concours n'existe pas, la remise est un simple projet qui peut être révoqué par le porteur.

Mais, lorsque la remise conventionnelle a lieu, il faut, en outre, que l'accepteur ait soin de se faire remettre l'original de la lettre de change, acquitté. Car autrement, s'il le laissoit, non acquitté, entre les mains de celui qui a fait la remise, et que ce dernier vînt à négocier la lettre au profit d'un tiers, l'accepteur seroit tenu à l'égard de ce tiers, comme si la remise n'existoit pas; sauf son recours contre celui qui l'auroit faite. POTHIER, n.° 176, paroît restreindre cette disposition au cas où la remise seroit sous seing-privé, attendu, dit-il, que, n'ayant pas alors de date certaine, rien ne prouve qu'elle soit antérieure à l'endossement fait au profit du tiers. Mais il est fort douteux que la remise, même faite par acte authentique, puisse être opposée à celui au profit duquel la lettre auroit été négociée, postérieurement à cette remise. C'est en effet le plus souvent le crédit et la solvabilité de l'accepteur, qui détermine la négociation d'une lettre de change; et ce seroit tromper la confiance, si précieuse dans le commerce, ce seroit entraver la circulation rapide de ces sortes d'effets, que de permettre à l'accepteur d'opposer au porteur un acte, authentique à la vérité, mais qui a pu être

fabriqué dans les ténèbres, et dont il étoit impossible à ce dernier d'avoir connoissance. D'ailleurs, et ceci est péremptoire, l'accepteur auquel il a été fait remise, peut-il être traité plus favorablement que celui même qui a payé sans retirer l'exemplaire accepté, et qui n'est pas libéré à l'égard du tiers-porteur de son acceptation? (*Art.* 148). Je pense donc que l'avis de POTHIER doit être rejeté, et que l'endossement est valable, de quelque manière qu'ait été faite la remise, sauf le cas de fraude de la part du porteur.

La remise faite à l'accepteur, lui profite-t-elle vis-à-vis du tireur? Ou, en d'autres termes, l'accepteur auquel la remise a été faite, peut-il débiter le compte du tireur, du montant de la lettre, comme s'il l'avoit payée? S'il paroît résulter des termes employés par les parties, que le créancier, en faisant la remise, a eu intention de gratifier personnellement l'accepteur, et de lui faire une véritable donation, il n'y a pas de doute qu'à l'égard du tireur, la lettre ne doive être censée avoir été acquittée par l'accepteur, qui peut agir en conséquence. L. 10, §. 13, ff. *mandati.* Mais si la remise est pure et simple, alors les parties rentrent dans le droit commun, d'après lequel le mandataire ne peut répéter que ce qu'il a réellement payé par suite du mandat. L. 26, §. 4 ff. *eodem.*

Pour la résolution des questions suivantes, il faut encore distinguer deux espèces de remise: l'une réelle, quand le créancier fait un acte duquel résulte l'extinction de la dette; et l'autre personnelle, quand, sur plusieurs personnes obligées pour la même dette, le créancier consent à en libérer une en particulier, se réservant ses droits contre les autres. Lorsque la remise est réelle, comme son effet est qu'il n'y a plus de dette, il est évident que tous les obligés quelconques sont libérés. La remise tacite, telle que celle résultante de la remise du titre (*C. C. art.* 1222), est toujours censée réelle; et il en doit être de même de la

conventionnelle, toutes les fois que le contraire n'est pas prouvé. (*Ibid. art.* 1285).

Quant à la remise personnelle, il y a plus de difficulté.

On demande d'abord : si le créancier a déclaré qu'il entendoit décharger personnellement l'accepteur, quel sera l'effet de cette déclaration? Il faut distinguer: si l'accepteur a reçu du tireur les fonds suffisans pour acquitter la lettre, la remise, quoique personnelle à l'accepteur, opère également la libération du tireur; parce que, comme le tireur qui a fait provision, a, quand il est poursuivi, un recours contre l'accepteur, la remise faite à celui-ci deviendroit inutile, si le tireur pouvoit être poursuivi. Mais si la provision n'étoit pas faite, nul doute que le porteur ne conserve son action contre le tireur, parce qu'alors cette action ne peut rejaillir contre l'accepteur. Mais il faut qu'il y ait protêt : car ce n'est que le protêt qui donne ouverture à l'action du porteur contre le tireur. Au reste, dans les deux cas, la remise, même personnelle à l'accepteur, opère la libération des endosseurs; parce que, soit qu'il y ait provision, ou non, l'accepteur est garant envers eux de l'acquittement de la lettre, (*art.* 117); et que, par conséquent, l'action que le porteur exerceroit contre eux, rejailliroit, dans tous les cas, contre l'accepteur.

Quid, de la remise personnelle accordée au tireur? D'abord il est certain qu'elle libère tous les endosseurs, puisque, s'ils étoient poursuivis, ils auroient tous un recours contre lui. Mais quel effet aura-t-elle à l'égard de l'accepteur ? S'il n'avoit pas provision, il est également libéré, parce qu'autrement, il auroit un recours contre le tireur : mais, s'il a provision, je pense avec POTHIER, n° 181, qu'il n'est pas libéré, parce qu'en cas de poursuite contre lui, il n'a pas de recours à exercer contre le tireur.

Quid, de la remise personnelle faite à un endosseur? Elle libère cet endosseur, et les endosseurs subsé-

quens, parce qu'il est leur garant : mais elle ne libère ni l'accepteur, ni le tireur, ni les endossseurs précédens.

Quid, de celle faite au donneur d'aval ? Il est seul libéré. (*C. C. art.* 1287).

Observez que, dans tout le cours de cette note, je n'ai entendu parler que de la remise volontaire. Quant à celle forcée, par suite d'un atermoiement par exemple, elle ne vaut jamais que comme à-compte, ainsi que nous le verrons au quatrième Livre.

Page 112.

(1) *Au moment de l'échéance.* La compensation ne peut avoir lieu qu'au moment de l'échéance, parce que la compensation équipolle au paiement, et que le porteur de la lettre ne peut, comme nous l'avons vu plus haut, être forcé d'en recevoir le paiement avant l'échéance. Si donc le débiteur de l'accepteur a cessé, avant l'échéance, d'être propriétaire de la lettre par l'effet d'un endossement, il ne peut plus y avoir lieu à compensation. Argument tiré d'un arrêt de cassation du 11 novembre 1813 (Sirey, 1815 ; 1re P., p. 197).

Quid, si les deux dettes ne sont pas payables dans le même lieu ? Cela n'empêche pas la compensation, sauf à celui qui l'oppose, à faire raison à l'autre partie des frais de remise, s'il y a lieu (*C. C. art.* 1296), c'est-à-dire à l'indemniser de ce qu'il reçoit son paiement dans une autre place que celle où il devoit le recevoir. Mais comme, dans ce cas, l'accepteur peut ne pas user de la compensation, je pense qu'elle n'a pas lieu de plein droit, mais seulement du moment qu'il a déclaré qu'il entendoit tenir compte des frais de remise.

Quid, si le porteur de la lettre est débiteur du tireur ou de l'un des endosseurs ? La compensation peut avoir lieu, mais seulement lorsqu'il y a eu protêt et dénonciation de protêt : car ce n'est que de ce moment que la créance du porteur contre les endosseurs

et contre le tireur qui a fait provision, est ouverte et exigible; et l'on ne peut opposer la compensation d'une créance, que quand elle est exigible. (*C. C. art.* 1291). Dans ce cas, si c'est avec le tireur que la compensation a lieu, tous les endosseurs sont libérés, ainsi que l'accepteur s'il n'avoit pas provision. S'il avoit provision, il peut être poursuivi en restitution par le tireur.

Si c'est avec un endosseur, tous les signataires de la lettre sont bien libérés envers le porteur : mais celui qui a compensé, conserve son recours contre les endosseurs qui le précèdent, ainsi que contre l'accepteur et le tireur. Il est à leur égard, comme s'il avoit payé. *Compensatio est mutua solutio.*

Quid si, à défaut de paiement de la part de l'accepteur, le porteur attaque un des endosseurs, mais non pas celui qui est son créancier ? L'endosseur poursuivi pourra-t-il opposer la compensation du chef du tireur ou d'un autre endosseur, l'un ou l'autre créancier du porteur ? Il faut distinguer : comme il est garant des endosseurs qui le suivent, il est évident qu'il ne peut opposer la compensation de leur chef. Mais comme, au contraire, il doit être garanti par les endosseurs qui le précédent, ainsi que par le tireur, il est naturel qu'il puisse opposer la compensation de leur chef : (*C. C. art.* 1294).

Il en seroit autrement, si c'étoit l'accepteur qui fût créancier du porteur. Il est certain que la compensation pourroit être opposée, de son chef, soit par le tireur, soit par les endosseurs. La raison en est, que, dans la lettre de change, comme nous l'avons dit, c'est l'accepteur qui est principalement obligé au paiement. Le tireur et les endosseurs ne sont que ses cautions. Or, il est de principe que la caution peut opposer la compensation, du chef du débiteur principal : (*C. C. art.* 1294).

Quid, à l'égard du donneur d'aval ? Il peut opposer la compensation de ce qui lui est dû, et de ce qui est dû à celui ou à ceux pour qui il a donné son aval, ainsi qu'à l'accepteur.

(2) Sauf le recours de l'accepteur contre le tireur, si ce dernier n'avoit pas fait provision.

Page 113.

(1) Car, s'il n'avoit pas fait provision, il ne seroit pas libéré de l'action de mandat que l'accepteur ou son héritier pourroit exercer contre lui, pour se faire rembourser le montant de la lettre, qui est présumée acquittée par la confusion. *Hereditatis aditio pro solutione cedit.* (L. 95. §. 2. ff. de *solutionibus*).

POTHIER, n° 192, prétend qu'à compter du moment où la confusion a eu lieu de cette manière, il ne peut plus être fait d'endossement valable de la lettre de change, quand même les parties seroient de bonne foi, *putà*, s'ils ignoroient la mort de l'accepteur : en sorte que, dans ce cas, le porteur auroit bien contre l'endosseur l'action, dite *condictio sine causâ*, pour se faire rendre les fonds par lui donnés en paiement de la lettre, mais il n'auroit aucun recours contre le tireur ni contre les endosseurs précédens, qui tous auroient été, suivant lui, libérés, de plein droit, par la confusion. Je ne suis pas de cet avis, et pour les mêmes raisons qui m'ont déterminé dans le cas de la remise faite par acte authentique. En général, POTHIER a voulu porter dans les affaires commerciales ces principes de droit rigoureux, qui s'appliquent aux affaires purement civiles, et qui ne s'accordent nullement avec la manière large du commerce, et avec la confiance qui en est l'âme. Voilà pourquoi ses opinions sur cette matière ne doivent être adoptées qu'avec précaution.

Quid, si le propriétaire de la lettre devient héritier du tireur, ou *vice versâ ?* L'accepteur est libéré, s'il n'avoit pas provision. Mais si les fonds lui avoient été remis, il est tenu de les rendre au tireur, ou à ses héritiers. Dans tous les cas, tous les endosseurs sont libérés ; car ils ont tous le tireur pour garant.

Quid, si le propriétaire de la lettre devient l'héritier

d'un endosseur, ou *vice versâ?* Les endosseurs subséquens sont libérés; mais non l'accepteur, ni le tireur, ni les endosseurs précédens.

Il est à observer 1° que, quand le propriétaire de la lettre n'est héritier que pour partie, soit de l'accepteur, soit du tireur, soit d'un endosseur, ou *vice versâ*, les effets ci-dessus énoncés n'ont lieu que pour une partie du montant de la lettre, égale à celle qu'il prend dans l'hérédité. S'il est héritier pour un quart, la confusion a lieu pour un quart du montant, et ainsi de suite.

Et 2° que s'il n'est héritier que sous bénéfice d'inventaire, soit pour le total, soit pour partie, il ne se fait aucune confusion, parce qu'un des effets du bénéfice d'inventaire est de l'empêcher.

(2) *Se prescrit par cinq ans*. L'Ordonnance disoit : *toutes lettres et billets de change sont réputés acquittés après cinq ans* : d'où l'on concluoit que cette prescription ne s'appliquoit qu'à l'action du porteur de la lettre contre l'accepteur, le tireur, ou les endosseurs; mais nullement à celle que l'accepteur qui avoit payé, avoit contre le tireur qui n'avoit pas fait provision, pour se faire rembourser le montant de la lettre; ni pareillement à celle que le tireur qui avoit remboursé la lettre, avoit contre l'accepteur auquel il avoit remis les fonds, pour se les faire restituer. On pensoit que ces deux dernières actions devoient durer trente ans : du moins, cela paroît résulter des principes posés par SAVARY dans son parère 72, et répétés par POTHIER, n° 199. Au surplus, cela ne peut plus faire question aujourd'hui. Notre article dit, *toutes actions se prescrivent*; ce qui comprend même celle de l'accepteur contre le tireur, et *vice versâ*.

L'article 22 de l'Ordonnance portoit que cette prescription avoit lieu, même contre les mineurs et les absens. Le Code n'a pas répété cette disposition. En doit-on conclure qu'elle est abrogée? Je ne le pense pas. Cette prescription est fondée sur une présomption de paiement,

et les présomptions de ce genre militent contre toutes sortes de personnes, même mineures ou interdites; sauf leur recours contre qui de droit. (*C. C. art.* 2278).

Il a été jugé au tribunal de Commerce de Paris, le 16 novembre 1814, que la prescription avoit pu être suspendue par le défaut de communications avec le pays où les obligés étoient domiciliés (Sirey, 1816, 2e P., p. 175). *id.* en Cassation, le 9 avril 1818 (*Ibid.*, 1819, 1re P., p. 189).

Voyez ci-après la note (5) de la page 115.

(3) *A compter du jour du protêt? Quid*, si la lettre n'a pas été protestée? D'abord la question ne peut s'élever qu'à l'égard de l'accepteur, ou du tireur qui n'a pas fait provision. Car, par le défaut de protêt, tous les endosseurs sont libérés, et même le tireur qui a fait provision. Je penserois que, dans ce cas, la prescription doit courir du jour de l'échéance : c'est en général le droit commun (*C. C.*, *art.* 2257).

(4) *Ou de la dernière poursuite juridique.* Non périmée. La péremption s'acquiert par une discontinuation de poursuites pendant trois ans, ou trois ans et demi lorsqu'il y a lieu à demande en reprise d'instance. (*C. P.*, *art.* 397). Une procédure périmée n'a aucun effet (*ibid.* 401), et, par conséquent, n'interrompt pas la prescription (*C. C. art.* 2247).

(5) Il naît de la condamnation une nouvelle action, appellée *actio judicati*, qui ne se prescrit que par trente ans.

(6) *Par un acte séparé*, authentique, ou sous seing-privé, même par lettre missive : par exemple, si l'on a prié le porteur de surseoir aux poursuites. (Savary, *parère* 103).

(7) Je crois que, dans ce cas, il faut trente ans, parce

que l'action ne résulte pas d'une lettre de change, mais de la reconnoissance de la dette; ce qui forme une obligation nouvelle, qui ne peut s'éteindre que par la prescription ordinaire.

Nota. Il a été jugé à Paris, le 9 octobre 1817, et en cassation, le 2 février 1819, que cette disposition devoit avoir lieu, quand même l'acte qui est supposé contenir la reconnoissance, seroit antérieur à la lettre de change (Sirey, 1819, 1re P., p. 408).

(8) *Sur la présomption de paiement.* En conséquence, il a été jugé, avec raison, en cassation, le 25 août 1813, que cette prescription peut être écartée, s'il y a preuve écrite du non paiement (*Ibid.*, 1815, p. 131.).

Page. 114.

(1) Si l'héritier est mineur, c'est son tuteur qui affirme. (*C. C.*, *art.* 2275). *Voyez* au surplus ci-après la note (4) de la page 118.

(2) *La somme à payer.* Pourroit-on faire un billet payable en une ou plusieurs lettres de change? Le Code ne le défend pas. Ce billet s'appeloit, sous l'Ordonnance, billet de change (*art.* 29) : nous en verrons plus bas une seconde espèce. Actuellement, ce seroit un simple billet à ordre, s'il étoit à ordre; *secùs*, ce ne seroit qu'un billet ordinaire. Le Code n'admet point, comme l'Ordonnance, de billets de change, distincts des simples billets à ordre.

(3) Il paroît, d'après cela, que les billets au porteur n'ont plus lieu, ou au moins, qu'ils ne jouiroient pas de la faveur accordée aux billets à ordre.

(4) *Ou de toute autre manière.* Ainsi on peut dire que la valeur a été fournie en lettres de change. C'est ce qui constituoit la seconde espèce de billets de change.

Quid, s'il y avoit simplement valeur reçue, sans ajouter en quoi? SAVARY pense qu'ils seroient nuls, comme faits sans cause, Part. 1re, liv. 3, chap. 7 : cependant il paroît avoir adopté une autre opinion dans son Parère 84. Actuellement, il est certain qu'ils ne seroient pas nuls, (*C. C., art.* 1132), sauf au créancier à justifier légalement de la cause du billet.

Quid s'il est causé *pour don?* il est valable; et il en seroit de même de l'endossement. Il y a alors tradition; et les donations mobilières, accompagnées de la tradition réelle, ne sont pas assujetties aux solennités des donations. *Sic* jugé à Paris, le 6 mai 1815 (SIREY, 1816, 2e P., p. 67).

Page 115.

(1) *Le paiement.* Ainsi les juges ne peuvent accorder de délai pour le paiement d'un billet à ordre, (*art.* 157), contre l'opinion de SAVARY, part. 1re, liv. 3, chap. 9.

(2) *Le protêt.* L'Ordonnance, art. 31, n'exigeoit que les diligences ordinaires, c'est-à-dire, une sommation, qui devoit être faite dans les dix jours de l'échéance, si le billet étoit causé, *valeur reçue comptant, ou en lettre de change;* et dans les trois mois, s'il étoit, *valeur reçue en marchandises ou autres effets.* La dénonciation devoit être faite aux endosseurs dans les mêmes délais que pour les lettres de change; à défaut de quoi, ils n'étoient plus tenus de garantir le paiement (*Ibid. Art.* 32). Néanmoins, dans l'usage, on faisoit le protêt.

(3) *Le rechange.* Il ne paroît pas qu'anciennement on fût dans l'usage de prendre la voie du rechange, ou de la retraite, à défaut de paiement d'un billet à ordre. La raison étoit, que la retraite suppose qu'il y a eu remise de place en place, et que cette remise n'a-

voit pas lieu ordinairement dans les billets à ordre. Cependant, comme une personne peut s'engager à Paris, à payer une telle somme à Rouen, on conçoit qu'à défaut de paiement, le rechange puisse avoir lieu.

(4) *Ou les intérêts*. Ainsi les intérêts du montant du billet à ordre courent actuellement du jour du protêt.

(5) *Et la prescription* : si toutefois le billet est souscrit par un commerçant, ou a pour cause des opérations de commerce, (art. 189). La prescription de cinq ans n'avoit lieu anciennement que pour les billets, dits *billets de change* (Jousse *sur l'art.* 21 *de l'Ordonnance.*)

Nota. Il a été jugé à Paris le 2 mai 1816, que cette prescription étoit applicable aux billets à ordre souscrits avant le Code quand il s'étoit écoulé cinq ans depuis le Code (Sirey, 1817; 2e P., p. 63) Le contraire a été jugé à Riom le 13 juin 1818 (*Ibid.* 1819; p. 293), et le 22 décembre 1820 (*Ibid*, 1822; p. 59). Je partage entièrement l'avis de la Cour de Paris.

(6) Il résulte de là, que toutes les dispositions communes aux lettres de change et aux billets à ordre, ne s'appliquent à cette dernière espèce d'effets, que quand ils ont été souscrits par un négociant, pour affaires de son commerce, ou qu'ils ont pour cause un fait réputé acte de commerce entre toutes personnes: autrement, ils rentrent dans la classe des simples promesses, et sont régis par les lois purement civiles. En conséquence, dans ce dernier cas, ils ne sont sujets qu'à la prescription de trente ans : la propriété ne se transmet pas par l'endossement; les intérêts ne courent que du jour de la demande, etc. Cependant il a été jugé en Cassation, le 13 novembre 1821 (Sirey, 1822; 1re P., p. 55), que la propriété d'un billet à ordre souscrit par un non négociant pouvoit se transmettre par l'endossement. Je crois cette doctrine vraie, quand l'endosseur est lui-même négociant.

Page. 116.

(1) Sauf la distinction relative au tireur qui a fait provision, laquelle d'après la nature du billet à ordre, ne peut s'appliquer à cette espèce d'effet.

Page 117.

(1) Voyez les art. 125, 126, et 127 de la Coutume de Paris, et les art. 7, 8, 9 et 10 du tit. 1er de l'Ord. de 1673.

(2) A titre de commerce. Car je ne pense pas que cette disposition soit applicable à un marchand, propriétaire foncier, qui vendroit en gros les denrées de son crû, si toutefois ces denrées n'étoient pas du genre de celles dont ce marchand fait un commerce habituel.

(3) *Non marchands.* Entre marchands, l'action ne se prescrit que par le temps ordinaire. La raison de différence, c'est que le particulier n'a souvent rien pour prouver qu'il a payé. D'ailleurs, on ne peut l'obliger de garder pendant trente ans des factures acquittées : le marchand a, ou doit avoir ses livres.

Page 118.

(1) Ainsi chaque fourniture etc., est regardée comme une créance distincte, qui se prescrit séparément. Il résulte de là que le temps de la prescription court, pour chaque fourniture, du jour où elle a été faite.

(2) *Compte arrêté, cédule, obligation.* On entend ici, par *cédule*, un acte sous seing-privé, (*Coutume de Paris, art.* 127); par *obligation*, un acte devant notaire; et, par *compte arrêté*, un arrêté mis par le débiteur au bas du mémoire des fournitures. Dans tous ces cas, l'action ne se prescrit que par le délai ordinaire de trente ans.

(3) *Voyez* ci-après la note (6) de la page 125.

(4) *Soit aux veuves, soit aux héritiers. Quid*, si les héritiers offrent d'affirmer, et que la veuve refuse ? L'action subsiste contre la veuve pour sa part, si elle est commune. Il en est de même, si quelques-uns des héritiers offrent, et que les autres refusent. L'action subsiste pour la part des refusans; et elle est prescrite pour la part des autres.

FIN DES NOTES DU LIVRE PREMIER.

NOTES

SUR LES INSTITUTES

DE DROIT COMMERCIAL

FRANÇAIS.

LIVRE SECOND.

Page 120.

(1) *V*OYEZ l'Ordonnance de la Marine, Liv. 2, titre 10.

Page 121.

(1) *Voyez* l'Ord., liv. 2. titre 8.

(2) Cela doit s'entendre du cas où il n'y a aucune stipulation faite entre les copropriétaires, relativement au mode de délibération, à la destination et au chargement du navire, ainsi qu'à la contribution aux dépenses. Car, autrement, il n'est pas douteux que la minorité n'ait le droit de demander l'exécution du contrat.

Observez qu'en Provence les copropriétaires de navires se nomment *Quirataires*, du mot *Quirat*, portion.

Le principe contenu dans notre article est une dérogation au droit commun, et à l'axiôme, *in pari*

causâ, potior est causa prohibentis : axiôme consacré par l'art. 1859 du Code Civil, et d'après lequel un seul des copropriétaires a le droit de s'opposer à toute innovation sur la chose commune. Cette dérogation est fondée sur ce que la navigation, surtout celle de long cours, entraîne des dépenses considérables, tellement qu'il est peu de négocians en état de l'entreprendre seuls. On a donc dû favoriser, autant que possible, les associations de ce genre. Or, on sent quelles entraves mettroit aux opérations maritimes, la disposition du droit commun. Dans les sociétés ordinaires, l'inconvénient n'est pas le même, parce qu'elles n'ont pas le même degré d'utilité, et que, si l'un des associés montre de la mauvaise humeur ou de l'opiniâtreté, il est permis à chacun des autres de demander la dissolution de la société.

(3) *L'intérêt commun*; c'est-à-dire, l'entreprise et la destination du voyage, le choix du capitaine et de l'équipage, la fixation des gages, la rédaction des instructions, l'affrétement du navire. Ainsi la minorité peut être forcée de contribuer aux frais de radoub, d'armement, et de mise hors : à défaut de paiement, la majorité peut se faire autoriser à prendre de l'argent à la grosse pour le compte des refusans. (*Argument tiré de l'art.* 233.)

Mais la minorité peut-elle être forcée de contribuer à la cargaison du navire; et, à défaut, doit-elle perdre sa part dans le fret du chargement fait par la majorité? *Espèce*.

Pierre et Paul sont copropriétaires d'un navire, savoir; Pierre pour les trois quarts, et Paul pour l'autre quart. Pierre est d'avis qu'un voyage soit entrepris. Paul s'y refuse. Néanmoins Pierre persiste; et comme il a la majorité de l'intérêt, le voyage est décidé, et Paul est obligé de contribuer à la mise en état du navire. Pierre ne veut point affréter, mais charger directement à destination. Il fait en conséquence les trois quarts du char-

gement, et somme Paul de charger pour le quart restant. Paul refuse encore. Le navire part au quart vide, et arrive à bon port. On demande ; premièrement, si Pierre auroit pu forcer Paul de faire le quart restant du chargement ; et en supposant qu'il ne l'ait pas fait, si Paul peut demander le quart dans le fret du chargement fait par Pierre. Quant à la première question, elle ne paroît pas douteuse. La qualité de chargeur est absolument indépendante et distincte de celle de propriétaire. L'intérêt commun des propriétaires est que le navire soit mis en état de naviguer. Ainsi, sur ce point, la minorité peut être contrainte. Mais, peut-on la forcer de faire un chargement pour son compte ? Non sans doute : car il faudroit dire également que la nature et la qualité même du chargement, peuvent être déterminées par la majorité. Il est bien de l'intérêt commun des propriétaires que le chargement du navire soit complet ; mais la majorité peut le compléter, soit pour son compte, soit pour le compte d'affréteurs étrangers ; l'affrétement du navire étant un des objets sur lesquels la minorité peut recevoir la loi. Quant à la seconde question, elle me paroît résolue par la même raison. Si Paul n'étoit pas forcé de contribuer au chargement, on ne peut lui infliger une peine pour ne l'avoir pas fait. Or, c'en seroit une que de le priver de sa part dans le fret. Encore une fois, la qualité de chargeur, dans la personne de Pierre, est indépendante de celle de propriétaire. Comme chargeur, il doit le fret au navire, c'est-à-dire, à tous les propriétaires, à raison de leur intérêt. Peu importe qu'il soit resté un vide. Cela arrive fréquemment dans les expéditions maritimes ; et d'ailleurs il n'a tenu qu'à Pierre de le remplir.

Je pense donc avec VALIN, sur l'art. 5, tit. 8, liv. 2, de l'Ordonnance de la marine,

1.° Que Paul, dans l'espèce, ne pouvoit être forcé de contribuer au chargement ;

Et 2.° qu'il peut réclamer sa part dans le fret du chargement fait par Pierre.

(4) Par conséquent un seul propriétaire, si sa portion est de plus de moitié, fait, à lui seul, la majorité, comme nous avons vu dans l'exemple précédent.

(5) C'est encore une dérogation à l'axiôme : *nemo invitus in communione manere cogitur* : elle est fondée sur le même motif que la précédente. Ainsi celui qui, étant propriétaire d'une portion du navire, moindre que la moitié, veut sortir de communauté, n'a d'autre moyen que de vendre sa part à ses copropriétaires, ou à un tiers. Il me semble qu'il eût été convenable de décider qu'en cas de refus, de la part de la majorité, de consentir à la licitation, les refusans seroient tenus d'acquérir, à dire d'experts, la part de la minorité. (*Arg. tiré de l'art* 219). J'ai bien voulu être copropriétaire avec une personne que je connoissois facile et accommodante. Elle meurt, laissant un héritier d'une humeur tout opposée. La connoissance que l'on a de son caractère, m'empêche de trouver des acquéreurs. Pourquoi ne le forceroit-on pas d'acquérir ma part, ou de consentir à la licitation?

L'Ordonnance ne permettoit de forcer la licitation du navire commun, que quand les avis étoient également partagés sur l'entreprise de quelque voyage. (*Art.* 6, *titre* 8, *liv.* 2).

Page 124.

(1) Ces créances sont privilégiées, *quia salvam fecerunt pignoris causam.* (*LL.* 5 *et* 6, ff. *qui potiores*). On présume que, si ces dépenses n'eussent pas été faites le navire ne seroit pas revenu, ou ne seroit pas revenu à bon port. Pour la prescription de ces sortes de créances, *voyez* le n.° 9 du texte.

(2) *Au vendeur.* Ici le privilége du vendeur l'emporte sur celui du donneur à la grosse avant le départ. Il en est autrement à l'égard du chargement. La revendi-

cation des marchandises, et par conséquent le privilége n'a plus lieu, dès qu'elles sont en la possession de l'acheteur. (*Art.* 577).

Quid, si le navire a déjà navigué? Le vendeur perd-il son privilége? Il paroît qu'oui, et ce, contre l'avis de VALIN, sur l'art. 17, tit. 14, liv. 1.er de l'Ordonnance. Les créanciers qui viennent ensuite, tirent tout leur droit du voyage qui a été fait. Quand ils ont prêté ou fourni, ils ont présumé le navire payé. Sans cela, ils n'eussent point risqué leurs fonds. EMÉRIGON pense cependant, que le vendeur perd bien son rang à l'égard de tous les créanciers privilégiés, mais qu'il conserve son privilége à l'égard des créanciers qui ne le sont pas; en un mot, qu'il est primé par tous les privilégiés, mais qu'il prime tous les autres. (*Cont. à la grosse, ch.* 12, *sect.* 4). Cet auteur prétend même que ce point n'a jamais fait difficulté. Je trouve cette opinion d'EMÉRIGON très-équitable : mais elle me paroît difficile à concilier, d'abord avec notre article, qui, en énumérant avec soin les créances que la loi regarde comme privilégiées, décide par-là implicitement, que les autres ne jouissent d'aucune préférence; ensuite avec l'art. 190, qui porte qu'il n'y a de préférence que pour les créances que la loi déclare privilégiées; et enfin avec l'art. 193, qui déclare tous les priviléges éteints, lorsque le navire a fait un voyage en mer sous le nom et aux risques de l'acquéreur.

Page 125.

(1) *Avant le départ du navire*, pour le compte et par ordre du propriétaire lui-même, ou de ceux qui le représentent. Car, si les ouvriers ont été employés par un entrepreneur qui a traité à forfait avec le propriétaire, ils n'ont d'action contre ce dernier, que jusqu'à concurrence de ce qu'il peut devoir à l'entrepreneur, au moment où leur action est intentée. (*C. C. art.* 1798).

Cependant il paroît que, s'il n'est pas prouvé que les ouvriers connoissoient, lorsqu'ils ont été employés, le marché fait avec l'entrepreneur, de manière qu'ils aient pu croire qu'ils étoient employés par les ordres du capitaine, ils conservent le privilége direct contre le propriétaire. Du moins, c'étoit la jurisprudence ancienne attestée par VALIN, sur l'art. 17 déjà cité, et par ÉMÉRIGON, *ibid.* sect. 3. C'est une exception introduite en faveur des constructions maritimes.

(2) *Victuailles.* Ce qui comprend les sommes dues pour fournitures de vivres faites aux matelots avant le départ, de l'ordre du capitaine.

(3) Si le navire périt, mais qu'il ait été assuré, le privilége de ces fournisseurs sera-t-il transféré de droit sur le recouvrement d'assurance ? VALIN soutient l'affirmative sur l'art. 3, tit 12, liv. 1er. sauf à tenir compte de la prime, si elle n'est pas payée. Mais EMÉRIGON, *loco citato*, sect. 7, soutient l'avis contraire, et je suis forcé de convenir que son opinion est plus conforme aux principes. En vain dira-t-on pour celle de VALIN, que l'assurance représente le navire, et que *subrogatum tenet locum subrogati.* On répondra, qu'il faut entendre cet axiôme du cas où la chose a été transmise à un autre par le propriétaire, qui a reçu une autre chose à la place; comme si, dans l'espèce, le propriétaire du navire l'avoit vendu, il est certain que le privilége sur le navire se transféreroit de plein droit sur le prix. Mais quand la chose est périe dans la main du débiteur, certainement tout privilége est éteint. (Loi 8, ff. *quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*) : et il est impossible de voir comment il pourroit revivre par l'effet d'une convention particulière, passée entre le propriétaire et un tiers, et absolument étrangère aux créanciers privilégiés. On pourroit appuyer encore cette opinion sur la Loi 18, §. 3, ff. *de pignerat. act.*, qui décide que le créancier, qui a une hypothèque sur des bois, n'en a

aucune sur le navire construit avec ces mêmes bois, parce que, dit la loi, autre chose est le navire, autre chose est la matière qui a servi à le construire; *aliud est materia, aliud navis.* Or, certainement, il y a plus d'affinité entre un navire et les pièces de bois employées à sa construction, qu'entre ce même navire et une somme d'argent due par les assureurs. Je pense donc avec Émérigon, que, dans le cas proposé, le montant de l'assurance appartient à la masse des créanciers.

Cette décision doit faire rejeter également l'opinion de Valin sur la question de savoir, si ces fournisseurs peuvent sommer le propriétaire du navire, de déclarer s'il l'a fait assurer; et, en cas de non assurance, s'ils peuvent le faire assurer jusqu'à concurrence de leur dû. Émérigon décide encore, avec raison, la négative contre l'opinion de Valin : ce qu'il faut entendre dans ce sens, que l'assurance est valable, puisqu'elle peut être faite par toute personne au nom du propriétaire (*art.* 332); mais que les fournisseurs sont censés, dans ce cas, les mandataires de ce dernier : et que, si le navire vient à périr, ils n'ont aucune préférence à réclamer sur le montant de l'assurance, qui appartient encore, dans ce cas, à la masse des créanciers.

(4) *Ayant date certaine.* Un acte a date certaine du jour où il a été passé, quand il est authentique; quand il est sous seing-privé, du jour où il a été enregistré, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui l'ont souscrit, ou enfin du jour où sa substance est constatée dans un acte dressé par un officier public, tel qu'un acte de dépôt, un procès-verbal de scellé ou d'inventaire. (*C. C. art.* 1328).

(5) Comme ces pièces sont sous seing-privé, on a dû en ordonner le dépôt, pour en assurer la date.

(6) *Quid*, s'il y a eu demande, mais qu'elle ait été

périmée ? Nous avons vu qu'une demande périmée n'avoit aucun effet, pas même celui d'interrompre la prescription. Mais quel temps faut-il pour la péremption ? Le Code de Procéd., art. 397, exige bien trois ans, et même trois ans et demi dans certains cas, mais VALIN, sur l'art. 10, titre 12, liv. 1er, pense qu'en général, il ne faut pas plus de temps pour acquérir la péremption, qu'il n'en faudroit pour prescrire l'action, si la demande n'eût pas été formée. Je ne suis pas de cet avis. Il est de principe qu'une action temporaire de sa nature, devient perpétuelle, quand il y a eu interpellation judiciaire : (Loi 139, ff. *de Regulis juris*). Ainsi, une fois la demande formée, il n'est plus question de la prescription de six mois, d'un an, de deux ans, etc. L'action durera tant que le procès ne sera pas jugé, et trente ans encore, à compter du jugement. A la vérité, si le demandeur laisse périmer l'instance, la demande sera censée n'avoir jamais existé. La prescription de six mois, d'un an, sera censée avoir couru, et par conséquent avoir été acquise ; et l'action sera éteinte. Mais comme, d'après l'art. 397 du Code de Procédure, il faut au moins trois ans pour périmer une instance, il est bien évident que, tant que ces trois ans ne sont pas accomplis, la demande existe, et que, par conséquent, l'action n'est point éteinte.

(7) *Par ordre du capitaine. Quid* de celles fournies sans ordre? *Voyez* ci-après la note (1) de la page 156.

Mais le marchand qui a fourni des vivres aux matelots, de l'ordre du capitaine, et dont la créance n'est pas prescrite, contre qui aura-t-il action? D'abord contre les matelots à qui il a fourni ; et ensuite contre le capitaine. En aura-t-il contre l'armateur ? Il faut distinguer. Si l'armateur étoit absent, le fournisseur aura action contre lui dans tous les cas, parce que le capitaine représente l'armateur absent, lequel est tenu de

toutes les obligations contractées par le capitaine, relativement au navire et à l'expédition. Mais si l'armateur est présent, le fournisseur n'aura d'action contre lui, qu'autant qu'il n'y avoit pas de marmite à bord, au moment où la fourniture a été faite.

Le recours du capitaine qui a payé les vivres fournis, contre l'armateur, se règle d'après la même distinction.

(8) *Avant le départ.* Il sembleroit que ces créanciers devroient concourir avec les précédens, puisque leurs créances ont toutes le même objet. Le seul motif de préférence que l'on puisse donner, c'est que le législateur a voulu favoriser l'ouvrier qui donne son industrie, et qui ordinairement n'est pas fortuné, plus que le capitaliste qui spécule sur ses fonds en les prêtant à la grosse.

Quid, à l'égard des sommes prêtées à la grosse après le départ, c'est-à-dire, pendant le voyage? *Voyez* le n.° 7 de l'art. 191.

Quid de celles prêtées pour un précédent voyage, mais laissées par continuation? Elles ont également privilége, mais après toutes celles empruntées pour le dernier voyage, (*Art.* 323). Émérigon prétend cependant (*ibid. chap.* 12, *sect.* 4), que, si le renouvellement a eu lieu par le fait du capitaine seul, sans le consentement de l'armateur, celui-ci n'est pas tenu. Il cite même une sentence de l'Amirauté d'Arles, qui paroît avoir jugé dans ce sens. Il ne donne d'ailleurs aucune raison de cette décision, sinon que cela étoit ainsi ordonné par le *Guidon de la mer*, chap. 19, art. 2. On pourroit dire en faveur de cette opinion, que l'armateur a pu croire qu'au retour du premier voyage, les emprunts avoient été remboursés: qu'il a pu, d'après cela, consentir à ce qu'il en fût fait de nouveaux pour le voyage actuel; mais qu'on ne peut, sans injustice, le rendre, à son insu, passible de la totalité; qu'il seroit trop dangereux de laisser le capitaine maître d'accumu-

ler ainsi les emprunts de plusieurs voyages ; que le prêteur doit s'imputer de ne s'être pas fait rembourser, etc.

Mais comme les rédacteurs du Code ont eu probablement sous les yeux les observations d'ÉMÉRIGON sur ce point, et qu'ils ont mis néanmoins sur la même ligne, et sans distinction, les deniers laissés par continuation, et ceux empruntés pour le voyage actuel, sauf la priorité accordée à ces derniers, je pense que l'opinion d'ÉMÉRIGON seroit difficilement admise dans les Tribunaux.

On voit, au surplus, par le numéro de ce privilége, qu'il est préféré à celui des assureurs pour leur prime ; ce qui paroît établir une antinomie entre cet article et le 331[e], qui fait concourir le prêteur et l'assureur. Dans l'ancien droit, cette espèce de contradiction n'existoit pas, parce que, dans l'espèce de l'art. 331, l'Ordonnance donnoit également au prêteur la préférence sur l'assureur. Il paroît qu'en rédigeant l'art. 191, on a ajouté le privilége de la prime d'assurance, qui n'existoit pas, et ce d'après l'avis d'ÉMÉRIGON, qui avoit raisonné dans le sens de l'Ordonnance ; et que depuis, on a changé, dans l'art. 331, la doctrine de la même Ordonnance. Je crois néanmoins qu'on peut concilier les deux articles, en disant que, dans l'article 331, on donne le concours à l'assureur, parce qu'il s'agit de son capital ; tandis que, dans l'art. 191, il s'agit de la prime, qui est pour lui un bénéfice : ou, en d'autres termes, que, dans l'art. 331, l'assureur *certat de damno vitando ;* tandis que dans l'art. 191, *certat de lucro captando.* Si cette solution étoit admise, il faudroit en conclure que, dans l'art. 191, le donneur ne doit primer l'assureur que pour son capital seulement, et non pas pour le profit maritime, qui est pour le donneur, ce qu'est la prime pour l'assureur ; d'où il résulteroit que le profit du donneur doit concourir avec la prime de l'assureur. On pourroit d'ailleurs appuyer cette interprétation sur ces mots de l'art. 191, *les sommes prêtées à la grosse,* qui sembleroient indiquer que le privilége dont il s'agit, n'a lieu que pour le capital. L'on m'objectera sans doute

l'art. 320, qui accorde au donneur un privilége pour le capital et les intérêts. Mais je répondrai que la même disposition existoit dans l'Ordonnance (*liv.* 3, *tit.* 5, *art.* 7), et que cependant elle décidoit, par l'art. 18 du même titre, que le donneur à la grosse ne devoit être préféré à l'assureur que pour son capital; d'où je conclus qu'il faut distinguer si le donneur concourt avec l'assureur, ou avec toute autre personne. Dans le premier cas, il a privilége vis-à-vis de l'assureur, pour son capital seulement; dans le second, il l'a vis-à-vis de tout autre, pour son capital et les intérêts.

Nous reviendrons au surplus sur cet art. 331, qui contient, comme nous l'avons dit, un changement notable à l'ancien système.

(9) On exige le dépôt, même des actes authentiques; parce qu'il ne s'agit pas seulement ici de donner une date certaine aux actes déposés, mais encore de donner de la publicité aux emprunts déjà faits, afin d'avertir ceux qui voudroient faire de nouveaux prêts.

Page 126.

(1) Le propriétaire du navire est responsable des faits du capitaine et de l'équipage, mais seulement, dans ce cas, jusqu'à concurrence de la valeur du navire et du fret : (*Art.* 216).

(2) En seroit-il de même de l'action en restitution du prix des marchandises vendues pendant le voyage pour les nécessités du navire? Je pense qu'oui. C'est réellement une action en délivrance des marchandises, dont l'effet se résout en restitution du prix. Mais alors les propriétaires sont indéfiniment responsables, et ne pourroient se libérer en abandonnant le navire et le fret. Nous verrons plus bas la raison de cette différence.

(3) *Quid*, si l'avarie est cachée, et n'a pu être

aperçue de suite? VALIN, sur l'art. 6, tit. 12, liv. 1er, pensoit que les tribunaux pouvoient admettre, dans ce cas, la protestation tardive. Je serois assez de cet avis. Dans cette hypothèse, la fraude doit se présumer très-facilement.

(4) *Quid*, s'il se rencontre un jour férié? Je crois que la protestation peut être remise au lendemain : (*Argument tiré de l'art.* 162).

Page 127.

(1) C'est ce que l'on exprime, en disant que *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.*

Page 128.

(1) *Les droits des créanciers*, de toute espèce, privilégiés ou non. L'art. 190 dit d'une manière générale, que *les navires sont affectés aux dettes du vendeur, et spécialement à celles que la loi déclare privilégiées*; ce qui indique qu'ils sont affectés à toute sorte de dettes, sauf la préférence résultante du privilége.

Mais remarquez que l'art. se sert du mot *affectés* et non de celui *hypothéqués.* L'effet de l'affectation est de donner au créancier le droit de poursuivre l'objet affecté entre les mains du tiers détenteur, dans certains cas, et sous certaines conditions : cet effet a lieu à l'égard des navires. L'effet de l'hypothèque seroit en outre d'établir un ordre de préférence résultant de l'ancienneté de la créance; ce qui n'a pas lieu ici. La loi ne reconnoît que deux sortes de créanciers; les privilégiés, dont le rang se règle par la nature du privilége; et les non privilégiés, qui sont payés par contribution entre eux.

(2) *Par écrit.* Je pense que l'écrit n'est exigé ici que comme preuve, et non comme solennité; qu'en conséquence, si la vente verbale étoit déniée, la preuve ne pourroit en être faite par témoins; mais que, si elle étoit avouée, l'exécution en devroit être ordonnée, mais entre les parties seulement, et sans qu'il pût en résulter aucun préjudice aux droits des tiers.

(3) *Soit sous signature privée.* Mais, dans ce cas, la vente aura-t-elle effet à l'égard des tiers? La réponse à cette question se trouve dans la note suivante.

(4) *Un voyage en mer*, quel qu'il soit, même de petit cabotage, pourvu qu'il ait la durée requise.

Mais *quid*, à l'égard de ceux qui sont devenus créanciers depuis la vente, mais avant l'achèvement ou même le commencement du voyage? Ce qui fait la difficulté à cet égard, c'est qu'actuellement l'obligation de livrer une chose, en transfère la propriété du moment que la convention a été formée, et avant qu'il y ait eu tradition (*C. C. art.* 1138). De droit commun donc, l'acquéreur devient propriétaire du moment que la vente a été consentie, (*Ibid. art.* 1583). Mais cette disposition n'est pas toujours applicable aux meubles. Si le propriétaire d'une chose mobilière l'a vendue à deux personnes successivement, celle qui en a été mise la première en possession réelle, doit être préférée, si elle est de bonne foi. Or ici, il paroît que le voyage en mer sous le nom de l'acquéreur, est regardé, pour ce dernier, comme le seul moyen de prendre livraison. Donc, tant que ce voyage n'a pas eu lieu, le vendeur peut affecter le navire à de nouveaux créanciers de bonne foi, sauf la peine du stellionat qu'il pourra encourir.

(5) Comment doit être formée cette opposition? Je pense qu'elle doit être notifiée à l'acquéreur, et qu'une simple notification au vendeur ne suffiroit pas : (*Argument tiré de l'art.* 2244 *du Code Civil*).

(6) Le voyage en mer équivaut ici à la transcription exigée pour le purgement des hypothèques sur les immeubles. Mais l'opposition des créanciers doit-elle être comparée à la simple inscription hypothécaire, ou à la surenchère ? La question est importante ; parce que, si elle ne vaut que comme inscription, l'acquéreur, en payant les opposans, acquiert la propriété libre et incommutable du navire ; si elle vaut comme surenchère, alors elle profite à tous les créanciers ; et le paiement de l'opposant n'empêcheroit pas l'acquéreur d'être poursuivi par un autre créancier qui n'auroit pas formé opposition en temps utile : (*Argument tiré du C. C. art.* 2190). VALIN sur l'art. 2, tit 10, liv. 2, est d'avis que l'opposition ne vaut que pour celui qui l'a faite ; et ce, avec raison. En général, le droit commun est que, *jura vigilantibus prosunt*, et que, *res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest*. La disposition de l'art. 2190 du Code Civil est vraiment exorbitante ; et d'ailleurs, elle peut être fondée sur ce que la surenchère exproprie réellement l'adjudicataire, comme une enchère quelconque, dans toute adjudication publique, ôte tout droit au précédent enchérisseur, quand même elle seroit déclarée nulle par la suite, (*C. P. art.* 707). Ici il n'y a ni enchère, ni surenchère. Il s'agit d'une simple opposition, ou plutôt d'une simple dénonciation à l'acquéreur, du droit prétendu par le créancier. Il en est de cet acte, comme d'une opposition ou saisie-arrêt : or, il est certain que la main-levée donnée par l'opposant seul, suffit pour que le tiers saisi puisse payer valablement. Donc, *à pari* etc.

VALIN ajoute, et son avis est également fondé en raison, que, si l'acquéreur, au lieu de payer les opposans, préfère remettre le navire à l'ancien propriétaire, alors le bâtiment redevient le gage de tous les créanciers, même de ceux qui n'ont pas formé opposition. Car, dans ce cas, la vente étant résolue, c'est comme si elle n'avoit jamais existé, (*C. C. art.* 1183).

En conséquence le navire est censé n'être jamais sorti des mains du vendeur. Et en outre, le défaut d'opposition ne pouvoit être allégué que par l'acquéreur; c'est en faveur de lui seul, que cette exception a été introduite; et les créanciers opposans sont non recevables à l'alléguer, pour écarter les autres créanciers.

(7) Ainsi, il ne suffit pas que le navire soit parti, qu'il ait mis à la voile, comme le pensoit ÉMÉRIGON, (*Contrats à la grosse*, *chap.* 12, *sect.* 2).

Page 129.

(1) Il est évident qu'il s'agit ici d'un navire parti de la Méditerranée, puisqu'on suppose qu'il a passé le détroit pour aller dans l'Océan En seroit-il de même de celui parti de l'Océan pour la Méditerranée? Je ne vois pas de différence.

(2) *Des droits des créanciers*, de toute espèce, privilégiés ou non.

(3) *Continue d'être le gage*; jusqu'à ce qu'étant de retour, il ait fait un nouveau voyage sous le nom de l'acquéreur.

(4) Il semble que ce dernier membre de la phrase est assez inutile; car, du moment que l'on a dit que le navire continuoit d'être le gage des créanciers, il est évident qu'ils peuvent le faire saisir et vendre, comme s'il étoit encore en la possession de leur débiteur : ce qui suppose clairement qu'ils ont l'action révocatoire.

(5) *Voyez* l'Ordon. de la Marine, liv. 1, tit 14.

(6) *Les bâtimens.* Cela s'appliqueroit-il aux bateaux de rivières? Voir un arrêt de Cassation du 25

octobre 1814, rapporté dans SIREY, 1815; 1[er] P., p. 107.

(7) *Prêts à faire voile.* A plus forte raison ne peut-on les saisir, s'ils sont en voyage. Je pense néanmoins avec ÉMÉRIGON, (*des Assur. chap.* 20, *sect.* 7), que le navire pourroit être saisi en voyage, pour dette contractée dans le lieu même de l'Echelle; sauf au capitaine à obtenir main-levée de la saisie, en donnant caution.

Page 130.

(1) On appelle ainsi les papiers dont le capitaine doit être muni, et qui sont : le congé, les acquits à caution ou de paiement des douanes, le rôle d'équipage arrêté, les procès-verbaux de visite, etc.

(2) Observez que l'on ne peut faire de commandement qu'en vertu d'un titre en forme exécutoire, (*C. P.*, *art.* 545).

(3) *Quid*, si le propriétaire est absent, ou en fuite? Se conformer à l'art. 69, §. 8, du Code de Procédure. Cependant, si l'absence est déclarée, le commandement doit être signifié aux envoyés en possession, ou à l'administrateur légal des biens de l'absent, (*Code Civil*, *art.* 134).

Quid, s'il demeure en France, mais hors du ressort du Tribunal devant lequel doit se poursuivre la saisie? Cela est indifférent. Il faut toujours lui signifier le commandement à personne, ou à domicile. *Secùs*, à l'égard de la saisie, (*art.* 201). Le commandement est un acte plus important, parce que c'est lui qui met le débiteur en demeure.

Quid, s'il est étranger? Se conformer à l'article déjà cité 69, §. 9, du Code de Procédure.

(4) Est-ce à peine de nullité? Le Code de Commerce ne la prononce pas. Cependant *voyez* l'art. 717 du Code de Procédure.

(5) *Où siége le Tribunal?* Lequel? Est-ce le Tribunal civil, ou celui de Commerce? Décidé qu'il faut entendre le Tribunal civil, (*Avis du Conseil d'Etat, approuvé le* 17 *mai* 1809. *Bulletin, n°* 4391). En effet, les Tribunaux de Commerce ne peuvent connoître de l'exécution de leurs jugemens : (*C. P. art.* 442). Le ministère des avoués y est interdit (*Ib.*, *art.* 627): et l'art. 204 du Code de Com. porte que la publication doit désigner le nom de l'avoué du poursuivant.

Page 131.

(1) *Quid*, si ces énonciations et descriptions n'ont pas été faites? En résultera-t-il que les objets dont il s'agit ne seront pas compris dans la saisie? VALIN, sur l'art. 2, titre 14, liv. 1er, fait, à cet égard, une distinction. Suivant lui, la chaloupe et le canot ne seroient pas compris, et le saisi pourroit en disposer valablement. Il se fonde sur la loi 29, ff. *de instructo vel instrumento legato*, qui dit que, *scapha navis non est instrumentum navis*. Mais il prétend que tous les autres objets s'y trouveroient compris de droit; et qu'il résulteroit seulement du défaut d'énonciation, l'inconvénient que le gardien ne s'en trouveroit pas chargé, et que l'adjudicataire ne pourroit réclamer que ce qui se trouveroit dans le navire au moment de la livraison. EMÉRIGON (*des Assurances, chap.* 6, *sect.* 7) paroît être d'avis contraire, relativement à la chaloupe et au canot : il prétend que, dans l'usage, ces objets sont toujours compris dans les agrès du navire, comme absolument nécessaires pour la navigation. Je partagerois d'autant plus volontiers son opinion, que VALIN lui-même, et STRACHA cité par lui, conviennent que, dans l'usage, l'assurance du navire renferme de droit celle de la chaloupe et du canot.

Le même VALIN observe que l'énonciation, quand elle a lieu, ne restreint pas le droit de l'adjudicataire aux objets énoncés : de manière que, s'il se trouve dans le navire, au moment de la vente, plus d'agrès et d'apparaux qu'il n'en a été énoncé, l'adjudicataire a droit de réclamer la totalité, à moins qu'il n'y ait eu stipulation formelle au contraire dans l'adjudication ; parce que, dit cet auteur, le navire est censé, dans tous les cas, avoir été adjugé avec toutes ses dépendances. Cette décision paroît juste, et conséquente à ce que nous venons de dire. Car, si le défaut d'énonciation n'empêche pas l'adjudicataire de réclamer au moins ce qui se trouve dans le navire, l'insuffisance de l'énonciation doit avoir encore moins cet effet.

(2) *Doit lui être notifié*, à personne, ou à domicile.

(3) C'est une exception aux lois de la procédure, d'après lesquelles l'assignation doit toujours être donnée à la personne ou au domicile de l'individu assigné (*C. P.*, *art.* 68).

(4) *Et le délai pour comparoître.* J'ai pensé qu'il y avoit ici une erreur de rédaction. Le Code dit, *le délai de trois jours*. Ce délai est celui donné au saisissant pour faire notifier le procès-verbal de saisie. Or, il paroît évident, d'après la rédaction de l'article, que le législateur n'a pas entendu parler de ce délai, mais bien de celui donné au saisi pour comparoître sur l'assignation, et qui doit être effectivement prolongé en raison de l'éloignement de son domicile ; parce qu'il faut bien donner le temps à celui qui a reçu l'assignation pour lui, de lui en faire part.

Page 132.

(1) Tout ce qui va suivre est une dérogation à l'art. 620 du Code de Procédure.

(2) Le juge pourroit-il accorder remise, comme il le peut dans le cas de l'art. 206? VALIN, sur l'art. 9, tit. 14, liv. 1er, est d'avis de l'affirmative. Cela peut paroître douteux actuellement. Dans tous les cas, je penserois que les remises ne pourroient être que de jour à jour, et cela par argument de ce que les publications se font de jour à jour; et de ce que, dans l'art. 206, les remises ont lieu de huitaine en huitaine, parce que les publications se font de huitaine en huitaine.

(3) *Avec affiche*, au singulier. Il ne faut qu'une affiche, quoiqu'il y ait trois publications. C'étoit l'avis de VALIN, *loco citato*. Il résulte de là qu'il n'est point question de recevoir les enchères d'une publication à l'autre; mais seulement au jour d'audience indiqué par les criées et publications.

(4) Il me semble qu'il eût été convenable d'exiger l'indication de l'espèce du bâtiment. En matière d'assurance, on exige la désignation (*art.* 332); ce qui est bien plus étendu que le nom et le tonnage seulement.

(5) *Ou flottant*. Ce mot indique que l'on peut saisir un bâtiment non amarré, mais flottant sur ses ancres.

Page 133.

(1) *De huitaine en huitaine*. On ne dit pas quel jour doivent être faites les criées. L'ordonnance, art. 4, tit. 14, liv. 1er, exigeoit que ce fût le dimanche.

Page 134.

(1) Au plus.

(2) *Dans le délai de vingt-quatre heures*. Il semble contradictoire, au premier coup d'œil, que l'adjudicataire soit tenu de payer ou de consigner dans les

vingt-quatre heures, tandis que, d'après l'art. 212, les oppositions à la délivrance du prix sont reçues pendant trois jours après celui de l'adjudication. Pour entendre ces diverses dispositions, il faut savoir que, d'après l'usage établi dans les Amirautés, le juge ordonnoit que les deniers de la vente seroient payés au saisissant, pour être par lui distribués ainsi qu'il appartiendroit. On ne vouloit pas, et on ne veut pas davantage actuellement, que rien puisse empêcher l'adjudicataire de payer. Il paiera donc au saisissant, s'il n'existe pas d'opposition entre ses mains; sinon il consignera à la charge des oppositions, qui tiendront entre les mains du greffier. Remarquez en effet, que l'art. 212 parle des oppositions à la délivrance du prix, et non pas au paiement. Le paiement se fait par l'adjudicataire, quand il vide ses mains en celles de qui de droit : la délivrance du prix se fait aux créanciers qui ont droit de le recevoir. Il ne peut y avoir d'oppositions au paiement : il peut y en avoir à la délivrance.

(3) C'est encore une exception à la règle ordinaire qui veut que les consignations de sommes d'argent soient faites à la caisse des dépôts et consignations, ou entre les mains de l'un de ses préposés. (*Ordon. du 5 juillet* 1816. *Bulletin n.*° 876). Tout cela a pour motif d'éviter les frais, et d'accélérer les opérations.

(4) *La demande en distraction*, soit d'une partie indivise du bâtiment, soit de la chaloupe, soit de quelques-uns des agrès ou apparaux.

Page 135.

(1) Nouvelle exception. De droit commun, le décret ne purge pas la propriété, (*C. P. art.* 731). Par conséquent, la demande en distraction n'est pas d'absolue nécessité. Ici, l'adjudication purge la propriété, puisque la demande en distraction, formée postérieurement à

l'adjudication, ne donne pas droit au demandeur de réclamer en nature la partie du navire ou les autres objets dont il étoit propriétaire, mais seulement une quote proportionnelle du prix ; et encore faut-il que la demande soit formée dans les trois jours après celui de l'adjudication, (*art.* 212).

(2) *Elles ne sont plus admises*, quelque favorable que soit l'opposant, fût-il mineur ou interdit. Par conséquent, les créanciers qui n'ont pas formé opposition dans ce délai, n'ont rien à prétendre à la distribution du prix. C'est une suite de la célérité exigée dans les opérations. Mais il est évident que la déchéance n'a lieu que dans l'intérêt des autres créanciers, et qu'elle ne peut être invoquée par le saisi. Si donc, tous les créanciers opposans payés, il restoit encore des deniers, ils ne pourroient être délivrés au saisi, au préjudice des oppositions, même tardives.

(3) *Ou par le saisi.* L'article 213 dit, *le tiers saisi.* Mais il est très-probable que c'est une erreur qui s'est glissée dans la rédaction. Et en effet, quelle seroit la personne que l'on auroit entendu désigner sous le nom de *tiers saisi?* Ce ne peut être l'adjudicataire, puisqu'aux termes de l'art. 209, il a dû payer ou consigner dans les vingt-quatre heures de l'adjudication : et, comme nous l'avons vu, nonobstant toute opposition. Ce n'est pas le saisissant ou poursuivant, puisque l'article dit, *le créancier poursuivant ou le tiers saisi;* ce qui suppose deux personnes distinctes : et certainement, on n'a pas entendu donner au greffier du Tribunal de Commerce, entre les mains de qui a dû se faire la consignation, le droit de sommer les créanciers opposans. Ce ne peut donc être que le saisi, qui a effectivement intérêt d'accélérer sa libération.

(4) *Tout à la fois*, et au même rang.

(5) *Les intérêts*, sauf ce que nous avons dit, note 8 de la page 123, relativement au prêteur à la grosse concourant avec l'assureur.

Page 136.

(1) *Voyez* l'Ordonn. de la Marine, liv. 2, tit. 1er.

Lorsque le bâtiment est destiné à un voyage de long cours, le commandant a le titre de *Capitaine;* sinon, il se nomme *Maître* dans l'Océan, et *Patron* dans la Méditerranée.

Page 137.

(1) Sauf que le capitaine peut être congédié sans indemnité, s'il n'y a stipulation contraire, (*art.* 218). *Secùs*, à l'égard des matelots, quand ils sont congédiés après la clôture du rôle d'équipage, (*Art.* 270.)

Il faut observer en outre avec VALIN, liv. 3, tit. 4, art. 21, que les dispositions relatives aux matelots, ne s'appliquent au capitaine, que dans les cas où il n'est pas mis en opposition avec l'équipage, comme dans l'art. 270.

Page 138.

(1) Remarquez que le voyage n'est pas censé achevé, quand le navire est arrivé au lieu de sa destination, mais quand il est revenu au port du départ; le tout à moins de stipulation contraire. Ainsi un navire qui part de Bordeaux pour Saint-Domingue, n'est censé avoir achevé son voyage, que quand il est revenu à Bordeaux, qu'il est entièrement déchargé, et amarré à quai, si le propriétaire veut le faire entrer dans le port; ou mis en lieu de sûreté, s'il veut le faire radouber : et le capitaine ne peut le quitter auparavant, sans s'exposer aux peines portées dans notre article, (VALIN, *sur les art.* 2 *et* 4, *tit.* 7, *liv.* 2).

Quid, s'il survient interdiction de commerce? (*Voy. les art.* 253 *et* 254).

(2) Avant le départ. Je pense qu'il faudroit des raisons très-graves, pour autoriser les propriétaires à ôter le commandement au capitaine, pendant le voyage.

(3) *Dans la même forme qu'il a été nommé.* J'ai ajouté ces mots, parce que j'ai pensé que, comme il avoit pû être nommé par la majorité, de même il pouvoit être congédié par elle.

(4) Et sans donner de motifs. Et en ces deux points, le capitaine est plus maltraité que le simple matelot, (*art.* 270). Comme l'armateur a un très-grand intérêt d'avoir un bon capitaine, et de le conserver quand il en a trouvé un, on a pensé qu'il ne se détermineroit à le congédier que pour des raisons graves, et on n'a pas voulu l'obliger à les faire connoître; d'un côté, pour ne pas entacher la réputation du capitaine; et de l'autre, pour ne pas exposer l'armateur à une demande en réparation, ou en dommages-intérêts.

(5) *Copropriétaire du navire*, pour moitié, ou moins. Car s'il l'étoit pour plus de moitié, je pense, que d'après l'art. 220, il ne pourroit être congédié; puisque, s'il n'étoit pas le capitaine, il auroit le droit de le nommer à lui seul.

(6) *Il peut.* C'est une faculté qui lui est accordée, et qu'il peut exercer, ou ne pas exercer à sa volonté. En conséquence, on ne peut le forcer de recevoir son remboursement. Au surplus, cette disposition est fondée sur ce que l'on ne veut pas qu'il soit obligé de rester en communauté avec des personnes qui lui ont fait une espèce d'injure.

(7) *Quid*, s'il est congédié par la majorité seulement?

VALIN, sur l'art. 4, tit. 8, liv. 2, pense que, dans ce cas, ceux-là seuls qui ont été d'avis de le congédier, peuvent être forcés de contribuer à l'acquisition de sa part dans le navire, qui alors leur appartient, sans que les autres puissent y rien réclamer, s'ils n'ont pas consenti à l'acquisition.

(8) Si toutefois il y a convention expresse à ce sujet (art. 218) : dans tous les cas, s'il est copropriétaire du navire, il peut agir en vertu de l'art. 210, ou de l'art. 219.

Page 139.

(1) *De toutes fautes*, même de celle appelée en droit romain, *levissima*. Il n'est excusé que par la force majeure, (*art.* 230).

(2) *Prêt à faire voile.* J'ai ajouté ces mots, parce que je ne pense pas qu'il suffise que le capitaine soit à bord, pour qu'il ne puisse être arrêté : il faut encore que le bâtiment soit prêt à mettre à la voile. D'ailleurs, l'art. 14 de l'Ordonnance, tit. 1.er, liv. 2, le portoit expressément. Cependant ÉMÉRIGON est d'un avis contraire, (*des Assurances*, *chap.* 20, *sect.* 7, §. 3), malgré le texte formel de l'Ordonnance. Il se fondoit sur ce que le navire est la maison du capitaine, et qu'il n'étoit pas permis d'arrêter un débiteur dans sa maison. Aujourd'hui, que cela se peut en vertu d'ordonnance spéciale du juge de paix, (*C. P. art.* 781), la raison alléguée par ÉMÉRIGON n'est plus d'aucun poids.

(3) *Ou qui est sur les chaloupes.* Cela a été ajouté à l'article précité de l'ordonnance, d'après l'avis de VALIN sur ledit article.

(4) *Pour dettes civiles. Secùs*, pour un délit, ou pour une dette provenant d'un délit commis par lui, même pour les dépens en matière criminelle. Mais

remarquez qu'il s'agit ici seulement de l'arrestation de la personne. Le créancier, quel qu'il soit, peut poursuivre son droit sur tous les biens du capitaine, même sur les marchandises déjà chargées, qu'il peut saisir et faire décharger, en en payant toutefois le demi-fret, (*art.* 291). Néanmoins VALIN, sur l'art. 14, tit. 1, liv. 2, observe avec raison, qu'on ne peut saisir le coffre contenant les hardes du capitaine, parce que ce seroit l'empêcher indirectement de s'embarquer.

(5) Par exemple, pour nourriture fournie à lui-même, ou à l'équipage d'après ses ordres.

Page 140.

(1) *Voyez* à ce sujet une déclaration du 17 août 1779, rapportée à la fin du 1er volume.

(2) Cette obligation est la même en temps de paix ou en temps de guerre : en temps de paix, afin qu'il puisse justifier en tout temps de la propriété du navire et du chargement; que chacun puisse reconnoître les marchandises qui lui sont adressées; que l'on voie si les droits ont été payés, si l'on n'a pas chargé de marchandises prohibées : et en temps de guerre, c'est, en outre, parce que tout navire non muni de papiers, est déclaré de bonne prise; et que le capitaine seroit alors responsable de l'événement envers le propriétaire, les chargeurs, et les assureurs.

(3) C'est l'acte constatant que le navire est français. Un navire ne peut être francisé que dans les cas suivans: il faut,

1° Qu'il ait été construit en France, ou qu'il provienne de prise, confiscation ou naufrage, et que, dans ce dernier cas, il ait éprouvé des avaries qui nécessitent un radoub d'un montant égal au prix de la vente;

2° Qu'il appartienne à un Français;

3° Que le propriétaire réside en France, ou, s'il réside à l'étranger, qu'il justifie, par un certificat du consul, qu'il n'a pas prêté serment de fidélité à un autre souverain que le Roi de France, et qu'il est soumis à la juridiction consulaire de France;

4° Enfin, que le capitaine et les trois quarts de l'équipage soient Français.

Observez néanmoins que le bâtiment ainsi francisé peut obtenir la permission de se faire neutraliser, et de simuler son pavillon. Ces permissions sont accordées pour un an, par le commissaire de marine du port auquel le bâtiment appartient, et doivent être renouvelées en outre toutes les fois que le navire change de pavillon. (Circulaire de l'administration des douanes, du 7 juillet 1810, rapportée dans SIREY, 1810, 2me P., p. 398).

(4) C'est l'état de toutes les personnes embarquées sur le bâtiment, avec leurs qualités, etc.

(5) Ces pièces sont nécessaires, surtout en temps de guerre, parce que, autrement, il s'expose à être pris, même par les navires des puissances avec lesquelles il n'est pas en guerre. L'Ordonnance de la Marine, titre *des prises*, art. 6, déclare de bonne prise tout vaisseau dans lequel il ne sera trouvé charte-partie, connoissement, ni facture. Ces pièces sont nécessaires, en outre, au capitaine, afin qu'il puisse justifier de ce qu'il doit rendre à chaque consignataire, et exiger le paiement du fret.

Observez qu'il n'y a ordinairement de chartes-parties que pour les affrétemens un peu considérables. Pour les autres, et surtout pour le petit cabotage, l'on se contente de donner au patron une facture ou note des objets chargés : ou, si le chargement est pour le compte d'un tiers, on remet au patron une lettre de voiture adressée à ce tiers, laquelle contient l'énumération des objets et la somme à payer pour le fret.

Quid, si le chargement appartient au propriétaire du

navire? Alors il n'y a point, et on ne peut exiger qu'il représente de charte-partie. Mais il doit toujours, et dans tous les cas, y avoir un connoissement, qui constate à qui appartient la marchandise; et, comme il doit y avoir en même temps un acte de propriété du navire, il sera aisé de prouver que le chargement appartient au propriétaire (SAVARY, *Parère 90*). Sans toutes ces précautions, un capitaine pourroit prendre des marchandises déclarées de contrebande, ou appartenant à un négociant sujet d'une puissance belligérante, et exposer par là le navire à être pris.

(6) Voici ce que l'on entend par *acquit à caution*. Il y a des marchandises pour lesquelles il est dû à la douane un droit de sortie. Ce droit est plus fort quand elles doivent être exportées à l'étranger, que quand elles sont expédiées d'un port de France à un autre port de France. Si l'on n'exerçoit pas une surveillance exacte à cet égard, l'on sent qu'il seroit fort aisé de frauder le droit, en déclarant une fausse destination pour un port de France, tandis que l'on exporteroit réellement à l'étranger. Pour prévenir l'abus, quand une marchandise sujette aux droits, est déclarée à la destination d'un port de France, on exige que le chargeur donne caution jusqu'à concurrence du droit qui seroit dû pour l'exportation réelle; laquelle caution est poursuivie en paiement dudit droit, si elle ne justifie pas, dans un délai déterminé, de la perte des marchandises, ou de leur arrivée dans le port déclaré. Le permis délivré, en conséquence de l'engagement de la caution, se nomme *acquit à caution*.

(7) *Sous aucun prétexte*. Ces mots sont relatifs à un usage qui existoit avant l'ordonnance, et qui avoit déjà été abrogé par l'art. 2, tit. 4, liv. 3. Cet usage accordoit aux gens de l'équipage la faculté de charger une certaine quantité de marchandises, sans en payer le fret. Cela s'appeloit *l'ordinaire* ou *la portée* des mariniers.

Page 141.

(1) *Sauf convention contraire.* Quand la convention existe, cela s'appelle *le port permis.* Si celui qui l'a stipulé, n'use pas de son droit, il ne peut le céder à un autre, ni réclamer, à raison de ce, aucune indemnité. (VALIN, *sur l'art. précité*).

(2) *Aucunes marchandises.* La prohibition n'est que pour les marchandises. Ainsi il ne paie point de fret pour son coffre ; et, par tolérance, on lui permet de transporter, en exemption de fret, les marchandises qui peuvent entrer dans son coffre (VALIN, *ibid.*). Cependant, d'après l'usage actuel, cette permission n'a pas lieu, lorsqu'il s'agit d'un armement en course. Le capitaine qui auroit dans son coffre un chargement précieux, pourroit fort bien n'avoir plus la même hardiesse pour combattre l'ennemi.

(3) Ainsi il faut les deux choses : le paiement du fret, et la permission de l'armateur. Il ne pourroit, même en offrant de payer le fret, charger sans le consentement de l'armateur, qui a pu compter sur l'emplacement total du navire.

(4) Ce sont les passages les plus difficiles.

(5) Le capitaine est également responsable, si, le chargement étant terminé, il tarde trop à sortir. Si ce retard est cause que le navire a été exposé à une tempête, le capitaine est tenu des avaries; mais les assureurs n'en sont pas tenus, à moins qu'ils ne se soient chargés de *la baraterie de patron.*

Le capitaine est encore responsable, quand il a surchargé son navire; quand il l'a mal lesté ou arrimé; quand il n'a pas pris un équipage suffisant; quand il n'a pas embarqué de chats, etc. Il répond également du fait des matelots, à moins qu'il ne prouve qu'il n'a pu

l'empêcher. S'il aborde sur une côte qu'il ne connoît pas parfaitement, il est tenu de prendre un pilote côtier ou lamaneur ; sinon, il répond des accidens.

(6) *Et principaux de l'équipage.* On entend sous ce nom même, les principaux matelots, qui sont même souvent les plus expérimentés.

(7) Ainsi que ses expéditions, les connoissemens et autres papiers.

(8) L'Ordonnance, art. 26, tit. 1er, liv. 2, contenoit la même disposition, sous peine de punition corporelle.

Page 142.

(1) L'Ordonnance, art. 19, tit. 1er, liv. 2, n'exigeoit pas cette autorisation. Mais il paroît que c'étoit l'usage. (ÉMÉRIGON, *contrats à la grosse*, *chap.* 4, *sect.* 5, §. 2). Quel est l'effet de cette autorisation ? Je pense qu'elle n'en a aucun à l'égard du capitaine, qui n'en est pas moins tenu de justifier au propriétaire du navire, de l'emploi des sommes empruntées. Mais je la crois nécessaire dans l'intérêt du prêteur, avec cette distinction, que, si l'autorisation existe, le prêteur peut poursuivre le propriétaire du navire, en vertu de son contrat seulement, et sans être tenu de justifier de la nécessité de l'emprunt, ni de l'emploi de la somme prêtée ; au lieu que, si l'autorisation n'existe pas, il n'aura d'action contre le propriétaire qu'en prouvant au moins la nécessité du prêt (*L.* 7, ff. *de exercit. actione*). Peut-être même, iroit-on jusqu'à l'obliger de justifier de l'emploi. Observez cependant, que l'observation de toutes les formalités n'excuseroit pas le prêteur de mauvaise foi. Mais, dans ce cas, ce seroit au propriétaire à prouver la mauvaise foi, par exemple ; que le prêteur connoissoit

l'abus que le capitaine devoit faire de la somme prêtée, qu'il y a participé, etc.

(2) *Emprunter*, soit à la grosse, soit purement et simplement. Dans ce dernier cas, il est d'usage que le capitaine tire une lettre de change sur l'armateur, auquel il en donne avis, afin que ce dernier puisse prendre les mesures convenables pour le paiement, et en outre, afin qu'il puisse ajouter cette somme à la valeur primitive du navire, et la faire assurer, s'il le juge convenable.

Mais l'armateur pourroit-il refuser de payer la lettre de change? Je pense que, si elle est causée pour radoub, victuailles, etc., et que le porteur représente le procès-verbal et l'autorisation du juge, l'armateur ne peut refuser le paiement, sous prétexte que l'emprunt n'étoit pas nécessaire, ou pour autre raison semblable. Mais si le procès-verbal et l'autorisation n'existent pas, alors le prêteur, même à la grosse, n'a que l'action du prêt ordinaire, et encore à la charge de prouver que le prêt a tourné au profit de l'armateur. *Sic* jugé à Rouen, le 28 novembre 1818 (Sirey, 1819, 2e P., p. 326).

L'armateur ne pourroit-il pas se décharger du paiement, en abandonnant le navire et le fret, conformément à l'art. 216? Valin, sur l'art. 19, tit. 1er, liv. 2, décide la négative. Il prétend que la disposition de l'art. 216, qui étoit la même dans l'Ordonnance (*liv.* 2, *tit.* 8, *art.* 2), ne s'applique pas au cas proposé. Cette opinion me paroît devoir être encore adoptée aujourd'hui, d'après l'art. 298, qui suppose que le prix des marchandises vendues pour les nécessités du navire, est dû, quand même le navire se seroit perdu depuis; et je pense avec Pothier (*de la charte-partie*, *n*° 34), que l'art. 216 ne s'applique qu'aux obligations du capitaine, dont l'armateur est responsable, mais sauf son recours contre le capitaine, par exemple, lorsque celui-ci, par sa faute, a causé quelque dommage au chargement; c'est un fait du maître dont les propriétaires du navire sont respon-

sables; mais ils ne le sont que jusqu'à concurrence de la valeur du navire et du fret. Le même art. 298 doit faire rejeter l'opinion d'Émérigon, qui pensoit (*Contrats à la grosse*, *chap.* 4, *sect.* 11, §. 5), que le capitaine pouvoit bien emprunter à la grosse, mais non tirer des lettres de change, parce que, disoit-il, si le navire vient à périr, le prêteur à la grosse n'a rien à réclamer, tandis que le porteur de la lettre conserve toujours son action. Car, certainement, si le capitaine peut vendre des marchandises pour les besoins du navire, et si le naufrage survenant ne libère point le propriétaire de l'obligation de rembourser le prix des marchandises vendues, *à fortiori*, peut-il emprunter purement et simplement pour le compte du même propriétaire.

Quid si, par les conventions passées entre le propriétaire et le capitaine, il a été formellement défendu à ce dernier, d'emprunter, soit à la grosse, soit autrement? Cela est indifférent pour le prêteur de bonne foi, qui a bien pu ignorer la prohibition, et qui, en conséquence, n'en aura pas moins son action contre le propriétaire, pourvu, toutefois, que toutes les formalités requises par la loi aient été remplies. (*Argument tiré de la Loi* 1, §. 5, ff. *de exercit. act.*).

Le capitaine est-il tenu personnellement envers les prêteurs, ou envers les chargeurs dont il a vendu les marchandises? Émérigon (*Ibid. sect.* 12), fait cette distinction : s'il a contracté, dit-il, en qualité de capitaine, et qu'il ait déclaré qu'il empruntoit pour les besoins du navire, il n'est pas tenu, parce qu'en général, le mandataire n'est pas tenu des obligations qu'il contracte en cette qualité. Mais s'il n'a pas contracté en qualité de capitaine, ou si, contractant en cette qualité, il n'a pas déclaré que c'étoit pour les besoins du navire, ou s'il s'est obligé en son propre nom, il n'y a pas de doute qu'il ne soit tenu. Je pense que la même distinction auroit lieu encore aujourd'hui, d'après l'art. 236, qui paroît ne soumettre le capitaine à l'action personnelle, que quand, pendant le voyage, il a em-

prunté de l'argent sans nécessité. Il paroît que, chez les Romains, l'action se donnoit indifféremment, et, dans tous les cas, contre le propriétaire et le capitaine. (*L.* 1, §. 17, ff. *de exercit. art.*).

(3) Il peut paroître étonnant que le prix des marchandises soit dû, quand le navire s'est perdu, surtout si le chargement entier a péri. Car on peut dire que, si on ne les avoit pas vendues, elles auroient péri avec les autres. Cependant cette disposition est fondée sur des raisons très-fortes.

La première, c'est que, du moment que le capitaine a vendu les marchandises, il a contracté l'obligation d'en payer la valeur. Le naufrage survenu depuis, n'a pu le libérer de cette obligation. *Incendium œre alieno non exuit debitorem.*

La seconde, c'est que le prix de ces marchandises a libéré ou enrichi d'autant le propriétaire du navire. Car si le capitaine, au lieu de vendre, eût tiré une lettre de change sur le propriétaire, ou s'il eût mis des agrès ou apparaux en gage, certainement le naufrage postérieur du navire n'auroit pas dispensé le propriétaire du paiement de la dette. Il est donc devenu plus riche, *quatenùs propriœ pecuniœ pepercit.*

La troisième enfin, c'est que les chargeurs se trouveroient dépouillés, sans aucun recours contre les assureurs, s'ils en avoient, parce que ceux-ci prétendroient avec raison n'être plus tenus, attendu que, lors du naufrage, les objets assurés n'étoient pas en risque. (*Argum. tiré de l'art.* 329).

On opposera peut-être à cette disposition, celle de l'art. 424, de laquelle il résulte que, si des effets ont été jetés pour sauver le navire, et que le navire, d'abord sauvé par le jet, ait ensuite péri avec toutes les marchandises, il n'est dû aucune contribution aux propriétaires des objets primitivement jetés. Mais il y a une grande différence entre les deux cas. Dans l'art. 424, on ne peut pas dire que le capitaine et les chargeurs se

soient enrichis en faisant le jet, puisque tout s'est perdu depuis, au lieu que, dans le cas de l'art. 298, le capitaine s'est vraiment enrichi, en ce qu'il n'a pas emprunté à une autre personne. C'est une espèce d'emprunt forcé qu'il a fait au propriétaire des marchandises Or, encore une fois, *incendium œre alieno non exuit debitorem.*

(4) On ne peut pas les payer au prix du lieu de la décharge, puisque, dans aucun cas, elles n'y seroient parvenues. D'ailleurs, cela est conséquent à ce qui a été dit dans la note précédente. L'obligation du capitaine est fondée uniquement sur ce qu'il s'est enrichi d'une somme égale au montant de la vente, somme qu'il auroit été obligé d'emprunter à un autre. Il ne doit donc que le prix de la vente, et rien au-de là. D'ailleurs, les propriétaires des marchandises vendues doivent se trouver encore fort heureux de ce qu'on a choisi leurs marchandises pour les vendre, puisque, sans cela, ils eussent tout perdu.

(5) *A proportion de ce que le voyage*, etc. J'ai cru devoir ajouter ces mots, parceque le fret entier ne seroit dû, qu'autant qu'on supposeroit les objets vendus au lieu de la décharge, et qu'on en paieroit par conséquent la valeur au prix dudit lieu. Dans le cas contraire, le fret n'est dû que jusqu'au lieu où ils ont été vendus.

(6) Ces mots prouvent que l'armateur est tenu, quoique l'emprunt ait été fait sans nécessité. Mais il faut, pour cela, que le prêteur soit de bonne foi, et que toutes les formalités requises aient été remplies.

(7) *Et tenu personnellement.* Donc, de droit commun, le capitaine n'est pas tenu personnellement de l'emprunt.

Page 143.

(1) Cela est fondé sur le droit naturel, et sur la nécessité. Il est contre le droit naturel que les uns meurent de faim, tandis que les autres ont des vivres au-delà du besoin.

(2) *Les causes de sa relâche.* Ainsi ce rapport n'est pas aussi étendu que celui qui doit être fait à l'arrivée. Il s'appelle, à cause de cela, *petit rapport.* Il doit se borner aux causes de la relâche. Ce rapport est exigé, parce qu'en général, un capitaine ne doit pas relâcher dans un port pour lequel il n'a pas de destination, à moins qu'il n'y soit forcé par le gros temps ou par l'ennemi. Autrement, cela s'appelle *faire fausse route*, et pourroit donner lieu à une poursuite extraordinaire contre lui. (*Ordonnance de* 1681, titre *du capitaine*, art. 24). Quand il est forcé de relâcher, il doit en constater la cause dans un rapport, et repartir aussitôt qu'il en trouve l'occasion favorable.

(3) Ce rapport doit-il être fait dans les 24 heures? Non. Cette obligation ne lui est imposée que dans le cas de relâche volontaire. Cassation, 1er septembre 1813 (SIREY, 1813; 1er P., p 450).

Page 144.

(1) *Que la personne qui reçoit le rapport.* Le rapport pourroit-il être vérifié par une autre autorité que celle qui l'a reçu? non, dans les cas ordinaires. Cependant il peut exister des circonstances qui nécessiteroient une autre manière de procéder. Par exemple: un vaisseau fait naufrage, et son équipage est dispersé. Le capitaine débarque seul dans un port; il y fait son rapport; il revient ensuite au port du départ, et il trouve quelques-uns de ses mariniers. Il peut, sans difficulté, les

faire appeler devant le juge du lieu, pour vérifier son rapport précédent. (EMÉRIGON, *des assur.; chap.* 14, *sect.* 2, §. 9).

(2) *Sans préjudice des autres preuves*, c'est-à-dire que, si le rapport, quoique vérifié, est contesté, le capitaine peut l'appuyer d'autres preuves, telles que procès-verbaux faits en mer, et signés des principaux de l'équipage, etc. Cela veut dire aussi, que ce rapport peut être détruit par des preuves contraires, ainsi que nous l'allons voir. (VALIN, *sur l'art.* 7, *tit.* 10, *liv.* 1.er).

(3) Il résulte de là qu'on n'est point obligé de s'inscrire en faux contre un rapport, même vérifié. Ce n'est, après tout, qu'une preuve testimoniale qui peut être détruite par d'autres preuves, telles que les procès-verbaux du même capitaine, des rapports d'autres capitaines, etc. (VALIN, *ibid.*).

(4) Soit dans le port, soit même en rade, pourvu qu'il ait mouillé, c'est-à-dire, jeté l'ancre. (VALIN, *sur l'art.* 4, *ibid.*).

(5) *Le capitaine*, quel qu'il soit, Français ou étranger. C'est une règle de police à laquelle sont soumis tous ceux qui se trouvent sur le territoire. Il importe, en effet, qu'aucun navire n'entre dans un port, qu'on ne sache de quelle nation il est, d'où il vient, si ses papiers sont en règle, ce qui lui est arrivé en route, les risques qu'il a courus, ce qu'il a vu, ou aperçu, etc.; enfin toutes les circonstances de son voyage qu'il peut être important de savoir.

(6) *Et de faire son rapport.* Sur la Méditerranée, ces rapports se nomment *consulats.* On dit *faire son consulat*, au lieu de *faire son rapport.*

Page 145.

(1) Donc ils sont admis à sa charge, c'est-à-dire qu'ils font foi contre lui, mais non en sa faveur.

(2) Donc ceux vérifiés font foi en faveur du capitaine, jusqu'à preuve contraire.

(3) *A peine d'être poursuivi extraordinairement.* L'Ordonnance, liv. 1er, tit. 10, art. 9, prononçoit, dans ce cas, peine corporelle contre le capitaine, et confiscation des marchandises, lorsque la décharge avoit été faite de l'aveu des marchands. Il eût peut-être été à désirer que l'on eût précisé davantage la peine, et surtout désigné la personne chargée de poursuivre.

Remarquez que la poursuite extraordinaire a lieu ici uniquement pour le défaut de rapport, et qu'elle est indépendante des peines prononcées par le Code des Douanes, pour l'introduction frauduleuse des marchandises.

(4) C'est afin que les propriétaires puissent prendre leurs mesures en conséquence, et de plus, pour empêcher les fraudes qui pourroient être commises en route par des substitutions de marchandises, par des antidates de contrats à la grosse, etc.

(5) Remarquez que cette responsabilité commence du moment que les marchandises lui ont été remises, même sur le rivage (*C. C. art.* 1783), et continue, jusqu'à ce qu'il les ait remises à quai, au lieu de la destination.

Quid, s'il ne représente pas tous les objets portés au connoissement? Il est tenu de payer la valeur de ceux non représentés, au prix du lieu de la décharge, déduction faite du fret entier.

Quid, s'il les représente avariés? S'il ne peut pas prouver la force majeure, il est tenu des dommages-

intérêts. Ses obligations sont à peu près les mêmes que celles du voiturier. (*Voyez les art.* 103, 104, etc.).

Quid, s'il les a chargés sur un autre navire que celui porté au connoissement, et que le navire ait péri par force majeure avec le chargement? Il faut distinguer : s'il est prouvé que le changement a eu lieu par nécessité, il n'est pas tenu de la perte, pourvu qu'il ait mis tout le soin possible dans le choix du second navire. (*Argum. tiré de l'art.* 296). Si le changement a eu lieu sans nécessité, le capitaine est tenu de la perte, quand même le second navire auroit été meilleur que le premier.

Quid, si le navire désigné au connoissement a également péri par force majeure avec tout son chargement? La loi 10, §. 1. ff. *de lege Rhodiâ*, décide que, dans ce cas, le capitaine n'est pas tenu, quand même le changement auroit eu lieu sans nécessité. Cette décision paroît assez équitable. *Nec obstat* l'art. 361, portant que, si l'on a placé sur un seul bâtiment des objets qui devoient être répartis sur plusieurs, et que ce bâtiment vienne à périr, l'assureur n'est tenu que de la portion de marchandises qui devoit être placée sur ce bâtiment, quand même tous les vaisseaux entre lesquels le chargement devoit être réparti, auroient également péri.

Les raisons de différence sont : 1.° que le contrat d'assurance est, sous quelques rapports, de droit strict : et par conséquent, le juge ne peut prononcer que d'après la convention littérale, sans pouvoir aller au-delà ; et 2.° que, d'après les principes de ce contrat, l'assurance a été annullée de plein droit, par le seul fait du non chargement, à l'égard des navires sur lesquels il n'a point été chargé de marchandises. (*Art.* 357 *et* 358). Un événement postérieur n'a pu la faire revivre.

Page 146.

(1) *Connoissement.* Sur la Méditerranée, *Police de*

chargement. (*Voyez l'Ordonn. de la Marine, liv.* 3, *tit.* 2).

(2) *Les espèces ou qualités :* ceci est cependant susceptible de quelques explications. On distingue, en effet, deux sortes de qualités dans les objets : l'une que l'on peut appeler *qualité absolue ou générique*, qui les différencie des objets d'un autre genre, comme quand on dit, de l'indigo, de la toile. du fil carret, etc.; et l'autre qu'on peut appeler *spécifique*, qui distingue les différentes espèces du même genre, comme de l'indigo cuivré, ou de l'indigo bleu, de la toile de fil, ou de coton, etc. Il est évident que le connoissement ne peut faire preuve au plus que de la qualité générique; et encore, le capitaine n'est-il tenu de rien à cet égard, quand il représente le même nombre de futailles ou ballots, bien conditionnés, avec la même marque, et qu'il n'est pas prouvé qu'il les a ouverts. Quant à la qualité spécifique, les indications portées au connoissement n'engagent jamais le capitaine, à moins qu'il n'y ait preuve que la vérification des marchandises a eu lieu en sa présence, ou qu'il a été commis, à bord, quelques prévarications.

C'est même pour éviter toute difficulté sur ce point, que la plupart des capitaines ajoutent à leur signature au bas des connoissemens, ces mots, *sans approuver*, ou *que dit être*. Le seul effet que puisse avoir cette réserve, c'est que le capitaine n'est point garant du poids, ni de la mesure. (ÉMÉRIGON, *des assur. chap.* 11, *sect.* 5, §. 1.er). Mais quant à la qualité des marchandises, cette réserve est absolument inutile. Car, ou elles ont été données au capitaine à découvert, et alors il répond de la qualité, nonobstant la clause; ou elles lui ont été données en ballots ou en futailles, et alors, en rendant le même nombre de ballots ou futailles bien conditionnés, il ne répond de rien, quand même la clause n'y seroit pas : le tout, sauf les cas de fraude.

(3) *Peut être à ordre.* Par conséquent, il peut être passé par endossement au profit d'un tiers. Mais dans ce cas, le tiers est-il, comme dans la lettre de change, saisi de suite, et par l'effet de l'endossement seul, de la propriété des marchandises portées au connoissement? ÉMÉRIGON (*des assur.*, *chap.* 11, *sect.* 3, §. 8) soutient la négative, et prétend que l'endossement ne donne que le *jus ad rem*, c'est-à-dire, le droit de demander la tradition, qui seule, suivant lui, peut transférer la propriété. Mais cet auteur se fonde sur deux raisons qui ne sont d'aucun poids aujourd'hui : la première, c'est, dit-il, parce que le connoissement n'a jamais été considéré comme un papier négociable. Le contraire est maintenant établi par notre article.

La seconde, c'est qu'en général, autrefois, la tradition étoit requise pour transférer la propriété. Elle n'est plus nécessaire actuellement, d'après l'art. 1138 du Code Civil.

ÉMÉRIGON, par suite de son opinion, pensoit que l'endossement, dans ce cas, ne pouvoit nuire au privilége du vendeur, ni à celui du donneur à la grosse, ni à la masse des créanciers. Quant au vendeur, nous avons déjà observé qu'il n'a plus de privilége, du moment que l'objet vendu est parvenu en la possession de l'acquéreur. (*Art.* 577). Quant à la masse des créanciers, elle ne peut invoquer que les dispositions du titre *des faillites*, relatives aux actes translatifs de propriété, faits depuis la faillite, ou à un délai très-rapproché de son ouverture. (*Voir les art.* 442 *et suivans*).

Reste donc le privilége du donneur qui a prêté sur les objets portés au connoissement. VALIN, sur l'art. 3, titre 10, liv. 2, prétend que, dans ce cas, le débiteur est dessaisi de la propriété des objets affectés au prêt, jusqu'à concurrence des sommes empruntées; qu'en endossant le connoissement, il a donc vendu ce qui ne lui appartenoit pas; qu'en conséquence, la vente est nulle jusqu'à concurrence, et qu'il peut être poursuivi comme stellionataire par celui au profit duquel il a endossé.

Cette opinion me paroît concilier ce qui est dû à la confiance du commerce, et à l'avantage que la circulation rapide du connoissement peut procureur. Seulement, dans notre droit, il y auroit lieu à l'accusation de dol ou d'escroquerie, et non à celle de stellionat, qui n'est pas admise en fait de meubles. (*C. C. art.* 2059).

(4) *En quatre originaux*, c'est-à-dire, qu'il doit en être fait quatre doubles, signés des mêmes personnes.

(5) Cette pièce est nécessaire au chargeur, principalement dans le cas d'assurance. S'il y a perte ou avarie, il est tenu de justifier du chargement, (*art.* 383); et le connoissement est la pièce la plus probante à cet égard.

(6) Afin qu'il sache ce qu'il doit réclamer.

(7) Afin qu'il sache ce qu'il doit rendre à chaque consignataire. Remarquez que la charte-partie ne remplace pas le connoissement. Je puis avoir fait marché pour charger tant de marchandises, et n'avoir rien chargé, ou n'en avoir chargé qu'une partie. Le connoissement peut, au contraire, à la rigueur, remplacer la charte-partie, comme nous le verrons plus bas.

(8) Afin qu'il sache ce qui doit lui revenir pour le fret, et qu'il puisse régler, en conséquence, ses comptes avec le capitaine.

(9) VALIN, sur l'art. 4, titre 2, liv. 3, et ÉMÉRIGON (*des assurances*, *chap.* 11, *sect.* 3, §. 2), pensoient que le chargeur avoit bien vingt-quatre heures pour présenter le connoissement à la signature du capitaine, mais que ce délai étoit dans son intérêt seulement, et qu'il pouvoit exiger que le capitaine signât le connoissement auparavant. D'après la rédaction de

notre article, différente de celle de l'Ordonnance, le délai paroît établi, autant dans l'intérêt du capitaine que du chargeur. Et, en effet, il a bien fallu donner au capitaine le temps de vérifier si tous les objets portés au connoissement ont été réellement chargés. Au surplus, ce délai a dû être fixé à un temps très-court, pour ne pas retarder le départ.

(10) *Par le capitaine. Quid*, si le chargement est pour son compte ? Le connoissement doit être signé par deux des principaux de l'équipage. (*Art.* 344).

Quid, s'il est pour le compte d'un de ses parens? L'Ordonnance avoit prévu ce cas, (*art.* 7, *tit*, 3, *liv.* 2) : elle exigeoit que le connoissement fût paraphé dans l'étranger par le consul français, et en France, par l'un des principaux propriétaires du navire. Je crois qu'il seroit prudent d'observer, dans ce cas, la même formalité que si le chargement étoit pour le compte du capitaine lui-même; car, autrement, pour l'indemnité à prétendre en cas de jet, ou pour poursuivre l'assureur en cas de perte, je pense bien qu'un connoissement délivré par le capitaine seul, au profit d'un de ses parens, pourroit être suspecté, s'il nétoit pas appuyé d'ailleurs de quelque preuve supplétive.

Observez, au surplus, avec VALIN, art. 1[er], tit. 1[er], liv. 3, que ces dispositions ne concernent pas les patrons des petites barques, qui, la plupart du temps, ne savent pas signer, et à l'égard desquels une simple lettre de voiture tient lieu de charte-partie, de connoissement, et de facture de chargement.

(11) *Les acquits*, de la douane, soit de paiement, soit à caution.

Page 147.

(1) *Font foi.* ÉMÉRIGON (*des assur.*, *chap.* 11, *sect.* 3, §. 3), prétend que le connoissement doit être

regardé comme acte authentique, attendu qu'il est signé par le capitaine, qui est officier public en cette partie. Cependant, comme l'assureur n'y est point partie, il peut le débattre, et en prouver la fausseté par toutes sortes de moyens. (*Art.* 384).

Observez que le connoissement, comme nous l'avons dit, supplée même la charte-partie, puisqu'il en prouve l'exécution. La charte-partie n'est absolument nécessaire que pour forcer l'affréteur à charger, et le capitaine à recevoir. Or, le connoissement prouve que tout cela est fait. Cela n'empêche cependant pas que le capitaine ne soit tenu, quand il le peut, de représenter la charte-partie.

(2) Et vis-à-vis de toute autre personne, mais toujours, comme dit le texte, *jusqu'à preuve contraire.*

(3) *Fait foi*, entre toutes personnes, comme ci-dessus.

(4) Ainsi la signature seule ne suffit pas; dans les affaires, maritimes surtout, où tout se traite avec rapidité, le capitaine ou le chargeur peuvent avoir signé légèrement; et d'ailleurs, quand le corps du connoissement est d'une main étrangère, on peut supposer que la même main a pu faire des additions au connoissement, après la signature.

Mais l'Ordonnance, et le Code après elle, n'ont point prévu le cas où le double qui est entre les mains du capitaine, seroit de la main du chargeur, et où celui qui est en possession du chargeur, seroit de la main du capitaine. Il faut observer que cela est, à la vérité, physiquement possible, mais, pour ainsi dire, moralement impossible, parce que c'est toujours la même main qui écrit les quatre originaux. Cependant, si le cas arrivoit, j'avoue que cela seroit embarrassant. Il me semble qu'en définitif, si la contestation étoit entre le chargeur et le capitaine, on devroit s'en rapporter

au connoissement qui seroit entre les mains du défendeur, et cela d'après le principe que *favorabiliores sunt rei quàm actores.* Si la contestation était avec un tiers, *putà*, avec les assureurs, je crois qu'il faudroit agir comme s'il n'y avoit pas du tout de connoissement, et obliger le chargeur d'y suppléer par toute autre pièce, telle que les factures, les expéditions de douanes, les attestations de l'équipage, etc.

(5) *Sur le tillac du vaisseau*, par la raison que le tillac étant l'endroit le plus exposé aux coups de mer, ce n'est pas là qu'on doit charger des marchandises.

(6) *Au petit cabotage. Cabotage*, par corruption, pour *capotage*. Cette navigation est ainsi appelée, parce qu'elle a pour but d'aller de cap en cap, ou de port en port, sur une même côte, ou sur des côtes voisines. On distingue le petit et le grand cabotage, et les voyages de long cours. Pour connoître ces derniers, *voyez* l'article 377. En France, d'après le Règlement du 18 oct. 1740, le grand cabotage comprenoit les voyages en Angleterre, Ecosse, Irlande, Dannemark, Hambourg, etc. Tous les autres voyages, à des distances plus rapprochées, étoient censés de petit cabotage; et même, pour ce qui concernoit les bâtimens expédiés de Provence et de Languedoc, la navigation, depuis et compris les ports de Nice, Ville-Franche et ceux de la principauté de Monaco, jusqu'au cap Creuz aux confins du Roussillon, étoit réputé de petit cabotage. Aujourd'hui les limites du petit cabotage, dans la Méditerranée, sont fixées par une ordonnance du roi, du 12 février 1815 (*Bulletin*, n° 679), depuis le cap Creuz jusques et compris Naples, du côté de l'Est, et jusques et compris Malaga, du côté de l'Ouest.

(7) Cela veut dire que, si le consentement est dénié, on ne pourra le prouver par témoins : mais cela n'em-

pèche pas que le consentement verbal ne puisse être prouvé par l'aveu du chargeur.

(8) Dans ce cas, il est évident que le capitaine n'est pas tenu à l'égard du chargeur. Mais ce dernier pourroit-il, en cas de perte, recourir contre l'assureur? Je ne le pense pas, à moins qu'il ne s'agisse d'un voyage au petit cabotage, ou qu'il n'ait été expressément stipulé par la police, que les marchandises pourroient être chargées ainsi.

(9) C'est-à-dire lorsqu'il est associé avec les chargeurs, pour les bénéfices ou les pertes à résulter du chargement. *Secùs*, à l'égard de celui qui navigue à profit commun sur le fret, entre lui et son équipage. Il peut charger tout ce qu'il veut dans le navire, en en payant le fret, parce qu'il fait, par-là, l'avantage de la société.

Mais la disposition de notre article s'appliqueroit-elle à un associé ordinaire qui seroit armateur du navire? VALIN, sur l'art. 28, tit. 1er, liv. 2, prétend que, dans ce cas, l'armateur encourroit également la confiscation. J'aurois de la peine à adopter cet avis. La confiscation est une peine; et les dispositions pénales ne s'étendent pas d'un cas à un autre. Mais je pense que, si l'opération faite séparément par l'armateur, est à bénéfice, il est obligé d'en faire part à ses coassociés; et que, si elle est à perte, il ne peut leur en faire tenir compte. Cette disposition me paroîtroit d'ailleurs applicable à tout associé, en pareil cas.

(10) Soit sur le navire qu'il commande, soit sur d'autres. Le motif de cette disposition est, que le capitaine, dans ce cas, fait tort à la société; 1°, en augmentant la quantité des marchandises apportées dans l'endroit, ce qui en fait diminuer le prix; et 2°, parce qu'il est probable qu'il donnera plus d'attention à ses propres

effets, qu'à ceux de la société ; qu'il en soignera mieux la vente, etc.

Page 148.

(1) Ainsi, dans ce cas, le maître ou l'associé contrevenant n'auront aucune part dans la confiscation.

(2) *Ou consignataires.* L'on appelle ainsi ceux à qui la marchandise doit être remise à l'arrivée. L'on dit qu'un objet *est consigné à telle personne*, pour dire qu'il doit lui être remis. Remarquez, au surplus, que le capitaine doit remettre les objets au consignataire mentionné dans le connoissement, sans pouvoir élever la question de propriété; et qu'à moins d'opposition formée entre ses mains, il est valablement déchargé par le reçu du consignataire indiqué.

(3) *De l'action exercitoire. Voyez* dans les Pandectes, le titre *de Exercitoriâ actione.*

Page 149.

(1) Cette raison n'est pas également applicable au commerce de terre. Aussi avons-nous vu dans le livre précédent que l'action institoire n'a lieu que pour les engagemens contractés par le préposé seul, et non pas pour ceux contractés par les personnes que le préposé auroit pu se substituer.

Page 150.

(1) *De concert avec l'armateur.* ÉMÉRIGON (*des assur., chap.* 7, *sect.* 5, §. 2), prétend que le concours de l'armateur n'est requis que pour les conditions de l'engagement ; mais que, pour le choix des personnes qui doivent composer l'équipage, il regarde entièrement le capitaine. Les autorités qu'il cite, à ce sujet, paroissent assez fortes : effectivement, le capitaine, dont la

fortune et la vie dépendent de son équipage, a le plus grand intérêt d'en former un bon; et il est censé avoir, plus que les propriétaires, les connoissances nécessaires pour cela.

Quid, s'il néglige de consulter l'armateur pour les conditions? Je pense que le contrat est valable à l'égard des matelots : (*Arg. tiré de l'art.* 216), mais que, s'il est reconnu que le capitaine a préjudicié aux intérêts de l'armateur, celui-ci a un recours contre lui.

(2) *Sans leur autorisation spéciale. Quid*, s'il a fait, sans cette autorisation, quelques-uns des actes mentionnés dans notre article? Émérigon (*des contrats à la grosse, chap.* 4, *sect.* 3, §. 2), est d'avis que la prohibition, quant à l'affrétement, n'a d'effet qu'entre l'armateur et le capitaine, à l'effet de rendre ce dernier passible d'un recours en indemnité, si le cas y écheoit; mais qu'à l'égard des tiers, l'acte est valable, attendu que, pour ce qui les concerne, le consentement de l'armateur est toujours présumé. Cette opinion est assez conforme à l'esprit du Code, et à l'usage général du commerce, d'après lequel les affrétemens se traitent toujours avec le capitaine, sans qu'il soit obligé de justifier du consentement de l'armateur. Cependant Valin, sur l'art. 2, tit. 1er, liv. 3, est d'avis contraire, et prétend que l'affrétement est, dans ce cas, absolument nul. Mais son avis ne me paroît pas admissible.

Quant aux achats d'agrès, aux emprunts d'argent, ces sortes d'objets ne se traitant, ordinairement et dans l'usage, avec le capitaine, qu'en l'absence de l'armateur, les achats ou emprunts faits par le capitaine seul, n'obligeroient l'armateur présent, que dans le cas où sa présence ne seroit pas publiquement connue dans l'endroit. Il y a même encore une distinction à faire sur ce point. Si le capitaine n'a fait que le nécessaire, et qu'il l'ait fait aux meilleures conditions, il est certain qu'il peut forcer l'armateur de le garantir des engagemens qu'il a contractés, et que ceux qui ont traité avec lui,

ont l'action *de in rem verso*, contre l'armateur. Si cependant il avoit emprunté de l'argent à la grosse, même pour le nécessaire, je pense qu'attendu qu'il n'est pas en son pouvoir de faire courir une chance à l'armateur, celui-ci peut lui laisser l'emprunt pour son compte, en lui remboursant ses dépenses. (Voir, à ce sujet, l'art. 321, qui ne distingue pas si l'argent a été employé, ou non, aux nécessités du navire. Voir aussi VALIN, sur l'art. 17, tit. 1er, liv. 2).

(3) Ou de la majorité d'entre eux seulement. C'est principalement pour ce cas que l'art. est fait.

(4) *Et que quelques-uns d'entre eux*, même quand ce seroit la majorité. Elle pouvoit ne pas fréter. Mais une fois qu'elle a frété, elle est obligée de contribuer aux dépenses. (ÉMÉRIGON, *des contrats à la grosse*, *chap.* 4, *sect.* 4, §. 3).

(5) Ou de leurs fondés de pouvoirs.

(6) Je ne vois pas pourquoi l'article exige un acte authentique. Certainement une autorisation sous seing-privé suffiroit, sauf aux intéressés à prouver la vérité de la signature, si elle étoit contestée. Je présume que, par *authentique*, on a entendu ici *expresse*, *formelle*. L'Ordonnance disoit seulement, *sans leur consentement*.

Page 151.

(1) Quand même, comme nous l'avons dit, l'emprunt seroit causé pour les nécessités du navire. Quand le capitaine emprunte purement et simplement, sans l'aveu des armateurs présents, et qu'il emploie le montant de la somme prêtée à faire les dépenses nécessaires pour le navire, les armateurs sont tenus du prêt, parce que ce prêt les a enrichis, *quatenùs propriæ pecu-*

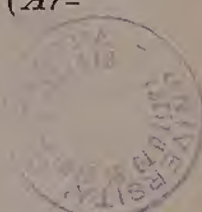
niœ pepercerunt. Puisque l'on suppose les dépenses nécessaires, ils eussent été obligés de les faire à leurs frais. Mais le principe que *nemo debet locupletari cum alterius detrimento*, ne peut aller jusqu'à les obliger de prendre à leur compte la chance d'un prêt à la grosse, qui peut devenir très-onéreuse. Ils pourront donc se contenter de rembourser la somme au capitaine, qui gardera, dans ce cas, le prêt à la grosse pour son compte. Il en est autrement, quand l'emprunt a été fait en leur absence, ou pendant le voyage, ainsi que nous l'avons vu plus haut.

Page 153.

(1) VALIN, sur l'art. 2, tit. 8, liv. 2, prétend que cette faculté accordée à l'armateur de se décharger de toute responsabilité pour raison des faits du capitaine, en abandonnant le navire et le fret, ne s'applique pas aux cas où le fait du capitaine a eu pour but et pour effet l'utilité du navire, parce que, dit-il, c'est alors l'armateur lui-même qui est censé avoir agi par le ministère du capitaine. Nous avons déjà examiné cette question dans la note 2 de la page 142, et nous répéterons ici le principe général d'après lequel elle nous paroît devoir être décidée.

D'abord, il faut supposer qu'il est résulté du fait du capitaine une obligation quelconque au profit d'un tiers: autrement, la question n'auroit pas lieu. Cela posé, il faut distinguer :

Ou la cause de l'engagement est telle, que le capitaine auroit un recours en garantie contre les armateurs pour s'en faire indemniser; et alors l'action exercitoire a lieu directement contre les armateurs eux-mêmes, *in solidum*, c'est-à-dire sans qu'ils puissent se décharger de l'obligation, en abandonnant le navire et le fret. D'où il résulte qu'ils sont tenus, quand même le navire viendroit à se perdre postérieurement, (*Argument tiré des art* 234 *et* 236).



Ou la cause de l'engagement est telle, que le capitaine n'auroit aucun recours à exercer contre les armateurs, pour raison des condamnations qui pourroient en résulter contre lui; et alors l'action exercitoire ne se donne contre les armateurs que jusqu'à concurrence du navire et du fret.

On peut rapporter au premier cas, toutes les obligations contractées par le capitaine, pour les nécessités ou l'utilité du voyage; en un mot, toutes celles que les armateurs eux-mêmes eussent probablement contractées, s'ils eussent été présens.

On peut rapporter au second, les obligations résultant des fautes, négligences, ou prévarications commises par le capitaine dans l'exercice de ses fonctions. *Sic* jugé à Rouen, le 23 mars 1818. (SIREY, 1818, 2.e P., p. 229).

(2) *Armé en guerre*. On a fait une exception pour ce cas, parce que, dans ces sortes de circonstances, il est beaucoup plus facile à l'équipage de commettre des actes de violence, et beaucoup plus difficile aux armateurs de les prévoir et de les prévenir; et que d'ailleurs on est obligé d'apporter moins de soin dans le choix de l'équipage.

(3) Auquel cas, il est tenu de tout le dommage.

(4) Cette caution étoit de 15,000 francs, d'après l'Ordonnance de la Marine, tit. *des Prises*, art. 2. Par la loi du 21 thermidor an 3, elle avoit été portée à 50,000 fr. Mais, par l'article 20 du règlement sur la course, du 2 prairial an 11, (*Bulletin*, *n.*° 2771), elle a été fixée à 37,000 fr. pour tout bâtiment armé en guerre, ou en guerre et marchandises, et dont l'équipage, y compris l'état-major, est de cent cinquante hommes, ou au-dessous; et pour les autres, à 74,000 fr.

Dans ce dernier cas, le cautionnement est fourni soli-

clairement, par l'armateur, par deux cautions non intéressées dans l'armement, et par le capitaine.

Tout acte de cautionnement pour armement en course, doit être déposé au bureau de l'inscription maritime du port où l'armement a eu lieu, et enregistré à celui de l'inspection de la marine du chef-lieu de la préfecture maritime.

Cette caution a pour principal objet, de garantir aux navires neutres le paiement des dommages-intérêts qui pourroient leur être alloués par le Conseil des prises, par suite d'une arrestation illégale, ou d'une dilapidation faite en mer. Elle garantit aussi les droits de l'équipage, et ceux de la caisse des invalides de la marine, à raison de ce qui leur revient dans les prises. Ces droits sont du tiers du produit des prises pour l'équipage, et de 5 pour 100 sur les deux autres tiers pour la caisse des invalides.

Nota. Il a été jugé en Cassation, le 9 février 1814, que pour ce tiers, l'équipage est censé copropriétaire et non simplement créancier. (Sirey, 1814; 1.re P., p. 108).

Cependant un jugement rendu le 25 mai 1806, par le Tribunal de Commerce de Nice, paroît avoir décidé que l'engagement de la caution n'a pas pour objet, dans ce cas, les sommes revenant à la caisse des invalides, à raison de ses droits dans les prises. Ce jugement ne seroit pas, par lui-même, une autorité très-imposante; mais il tire une grande force de l'acquiescement donné par l'administration du port de Toulon, qui seroit censée avoir reconnu par là que ses prétentions sur ce point n'étoient point fondées.

Il est vrai que, dans l'espèce, l'engagement de l'armateur, auquel la caution avoit accédé, portoit obligation de payer seulement *les dommages-intérêts et amendes, auxquels il pourroit être condamné, par suite du jugement des prises qui seroient faites par son navire.* Mais il avoit ajouté, qu'il promettoit de verser la somme de 37,000 fr., *conformément à l'ar-*

rêté du 2 prairial an 11; et il paroît que le Tribunal de Nice a jugé, en principe, que le cautionnement exigé par cet arrêté, ne s'étendoit pas aux droits de la caisse des invalides, s'il n'y avoit, à cet égard, stipulation expresse dans l'acte souscrit par la caution. Cependant il résulte des renseignemens qui m'ont été fournis, qu'on pense le contraire au ministère de la marine.

Pour la manière dont doit être formé l'équipage des bâtimens armés en course, voyez *le chapitre 2 du tit.* 1.er du même Arrêté, et le Décret du 12 avril 1811, (*Bulletin*, *n.o* 6653), et pour les lettres de marque et cautionnement, *le chapitre* 3, *ibid.*

Page 154.

(1) Voyez l'Ordonnance de la Marine, liv. 2, tit. 7. et liv. 3, tit. 4.

Page 155.

(1) L'Ordonnance, liv. 3, tit. 4, art. 1.er, vouloit que ces conventions fussent rédigées par écrit; si non, que les matelots en fussent crus à leur serment. VALIN, sur ledit article, prétend que, dans la pratique, le matelot n'étoit reçu à serment, que quand le maître alléguoit une convention verbale contraire à l'usage; que de même, si une pareille convention étoit alléguée par les matelots, l'on prenoit le serment du capitaine. Le Code s'est contenté de dire, *par les conventions des parties*, sans s'expliquer sur la question de savoir, si elles doivent être écrites, ou non. Il est probable, d'après cela, que l'on a eu l'intention de s'en référer à l'usage. D'ailleurs celui rapporté par VALIN est fort raisonnable. Au surplus, il paroît qu'en général, on ne regarde le contrat comme formé, que par la clôture du rôle d'équipage. C'est pour cela qu'aux termes de l'art. 270, tant que ce rôle n'est pas clos, le matelot peut être congédié sans donner de motif.

(2) L'engagement *au voyage* est fort rare. L'engagement *au profit* n'a lieu ordinairement que pour l'armement en course, ou pour la pêche. L'engagement *au fret* n'est usité que dans la navigation au cabotage. (VALIN, *sur l'art.* 1.er, *tit.* 4, *liv.* 3).

(3) C'est l'engagement le plus commun.

Page 156.

(1) Observez 1.° qu'en général, et dans tous les cas, d'après les règlemens maritimes qui s'observent encore actuellement dans les ports, le décompte de ce qui revient à chaque matelot, se fait dans le port où le bâtiment est désarmé; mais qu'il n'est payé en entier qu'à ceux qui appartiennent à ce port. Quant aux autres, on leur en paie seulement une partie, (*dans l'usage, un mois*); et le surplus est versé à la caisse des gens de mer, et envoyé au commissaire de leur quartier, pour leur être payé à leur arrivée.

Cette mesure a pour but de les empêcher de consommer leur argent en dépenses inutiles, et de les forcer d'en conserver le plus possible pour eux et leur famille. C'est le même motif, et la connoissance que l'on a du caractère prodigue des matelots, qui avoient fait insérer dans les anciennes ordonnances diverses dispositions exorbitantes du droit commun, et qui, d'après les renseignemens qui m'ont été fournis, sont encore observées.

Telle est celle qui refuse toute action, pour raison des obligations contractées pendant le voyage par les matelots envers les officiers ou gens de mer. (*Ordonnance du* 1.er *novembre* 1745) :

Celle qui défend de former opposition aux gages des matelots, si ce n'est pour loyers de maison, subsistances ou hardes fournies à eux ou à leur famille, du consentement du commissaire des classes. (*ibid.*) :

Enfin, celle qui refuse toute action, pour raison de

dépense de bouche fournie aux matelots sans l'ordre du capitaine. Si cependant le matelot étoit débarqué, et que la fourniture fût d'ailleurs nécessaire et à un prix raisonnable, la demande du fournisseur pourroit être admise. Mais s'il est embarqué, on exige rigoureusement l'ordre du capitaine, surtout si la chaudière roule à bord.

(2) *Et par privilége*, dans l'ordre fixé en l'art. 191, pour ce qui concerne le privilége sur le navire. Quant à celui sur le fret, je crois que le privilége des matelots est le premier.

(3) *Tant qu'il est encore dû*. J'ai ajouté ces mots, parce que le privilége des matelots sur le fret est absolument étranger aux chargeurs qui sont valablement libérés en payant au capitaine ce qu'ils doivent pour le transport de leurs marchandises, sans que les matelots puissent, dans ce cas, les inquiéter aucunement; sauf à eux à exercer leur droit contre le capitaine. C'est à l'équipage, s'il a quelque motif de suspecter la bonne foi du capitaine, à saisir le fret entre les mains des chargeurs, avant qu'il soit payé. (VALIN, *sur l'art.* 19, *tit.* 4, *liv.* 3).

EMÉRIGON (*des contrats à la grosse, chap.* 4, *sect.* 13, §. 2) prétend que les matelots ont action pour le fret entier contre les chargeurs, quand même il auroit été stipulé entre ceux-ci et le capitaine, par forme de clause pénale, que, dans un cas prévu, le fret n'auroit pas lieu, ou qu'il seroit réduit; si, par exemple, il a été dit que, si le capitaine faisoit fausse route, le demi-fret seulement seroit dû. Il se fonde sur ce que,

1.° Les matelots ont suivi la foi du navire, et ont pu ignorer les clauses particulières qui sont, à leur égard, *res inter alios acta* :

2.° Que le privilége des matelots est en quelque sorte

de droit public, attendu la faveur du commerce maritime :

3.° Enfin, que, dans l'ordre des priviléges, celui des matelots étant classé avant celui des chargeurs, ils peuvent l'exercer sur le fret, avant qu'il soit absorbé ou diminué par l'effet d'une clause, qui, encore une fois, leur est absolument étrangère :

Sauf, dans tous les cas, le recours des chargeurs contre le capitaine. Cette opinion d'ÉMÉRIGON me paroît juste et conforme aux principes.

(4) *Toute action*, même quand les matelots sont engagés au profit, ou au fret. Cette prescription est fondée sur une présomption de paiement ; ce qui s'applique à tous les cas où il est dû des loyers aux matelots, à quelque titre que ce soit.

Page 157.

(1) *Par force majeure*, comme dans le cas d'arrêt du Prince, d'interdiction de commerce. Mais il faut que l'interdiction ait lieu avec le pays pour lequel le navire est destiné. Car, si c'étoit pour un autre pays, l'engagement ne subsisteroit pas moins, quand même la navigation seroit devenue plus dangereuse; et si le maître ou le propriétaire rompoit le voyage, on appliqueroit ce qui va être dit pour le cas de rupture volontaire.

Quant à l'arrêt du Prince, nous verrons plus bas qu'il ne résout pas la charte-partie. (*Art.* 277). La raison de différence, c'est qu'il n'y a aucun inconvénient grave à laisser subsister la charte-partie, au lieu qu'il seroit très-préjudiciable à l'armateur de laisser subsister l'engagement des matelots, qu'il seroit obligé de payer et de nourrir pendant ce temps. Mais l'on sent que, si l'arrêt ne dure que très-peu de temps, la résolution de l'engagement ne doit pas avoir lieu.

(2) *Aucun loyer.* C'est une conséquence du prin-

cipe des lois civiles sur le louage. Le preneur ne doit aucun loyer, lorsque le locataire ne l'a pas fait jouir de la chose louée, quelle qu'en soit la cause. (*C. C. art.* 1722).

(3) Dans ces deux cas, ils sont associés; ils doivent courir tous les risques.

(4) Ce calcul est fort aisé, quand les matelots sont engagés au mois. Mais *quid*, s'ils sont engagés au voyage? Je pense que, dans ce cas, on doit arbitrer quelle devoit être la durée ordinaire et commune du voyage projeté, répartir la somme fixée sur chaque mois de cette durée, et payer les matelots à raison du nombre de mois, pendant lesquels ils ont été employés. Ainsi, un matelot a été loué à raison de 200 francs, pour un voyage dont la durée ordinaire est de dix mois. Il est censé avoir été loué à raison de 20 fr. par mois. S'il a servi quatre mois, on lui paiera 80 francs.

Quid, s'il a reçu des avances? Je pense qu'il faut distinguer : si l'avance est inférieure à la somme qui lui revient, on lui paiera l'excédant. Si elle excède, il n'aura rien à restituer. (*Argument tiré des art.* 252 *et* 258.)

(5) Mais remarquez que, dans tous ces cas, le matelot peut exercer son action contre le capitaine ou l'armateur, sauf le recours de ces derniers contre le chargeur ou l'affréteur, si c'est par son fait que le voyage a été rompu. On ne peut les obliger de diriger leur action contre les chargeurs, qui leur sont, le plus souvent, inconnus.

(6) *Les matelots*. Sous ce nom, doit-on comprendre le capitaine? Je ne le pense pas, pour deux raisons : la première, c'est qu'ici le capitaine est mis en opposition avec les matelots, puisque l'on prévoit le cas où le voyage seroit rompu par son fait : et la seconde,

c'est qu'aux termes de l'art. 218, le propriétaire peut congédier le capitaine sans indemnité, s'il n'y a eu convention contraire. Le capitaine ne pourroit donc réclamer d'indemnité que contre l'affréteur, et autant que la rupture seroit du fait de ce dernier.

(7) *A titre d'indemnité* : remarquez que l'indemnité est due aux matelots, quand même la rupture du voyage ne leur causeroit aucun préjudice, *putà*, s'ils étoient loués de suite pour un autre voyage. C'est une espèce de forfait. S'il en résultoit pour eux un plus grand dommage, ils ne pourroient pour cela rien demander de plus.

(8) Cela est fort aisé à entendre et à appliquer, quand il s'agit de matelots engagés au mois. Cela ne l'est pas autant, pour ceux engagés au voyage. Il est vrai que, comme nous l'avons dit, cette dernière espèce d'engagement est fort rare. Mais enfin, comme il peut avoir lieu, je pense qu'on doit appliquer alors ce que nous avons dit dans la note (4) ci-dessus.

Observez que, *stricto jure*, le maître devroit tout le loyer, (*C. C. art.* 1794). Mais on a considéré que les matelots peuvent trouver à se louer pour un autre voyage : et d'ailleurs, d'après leur caractère connu, la politique exige qu'on ne leur procure pas les moyens de vivre long-temps sans rien faire.

Page 158.

(1) Et alors ils n'ont pas de journées à réclamer. L'usage est, que le matelot qui reçoit tous ses loyers, est obligé de travailler à l'équipement pour sa seule nourriture.

(2) Pourquoi ceux-ci n'ont-ils que la moitié de leurs gages, tandis que ceux au voyage ont tous leurs loyers? C'est que ces derniers étant convenus d'une

somme unique, elle est due dès que le voyage est commencé, quelle qu'en soit la durée: et le propriétaire ne peut, par son seul fait, se libérer de cette obligation. *Nemo potest suo facto se ab obligatione liberare.* Mais quand les matelots sont au mois, c'est la durée du voyage qui règle le loyer : ils ne peuvent donc réclamer à ce titre que les loyers du temps qu'ils ont servi : c'est par forme de dommages-intérêts qu'on leur accorde le surplus.

(3) *Un embarquement*, comme matelot. Car s'ils étoient obligés de revenir comme passagers, il n'y a pas de doute qu'ils ne puissent réclamer leurs frais de passage, et ceux de subsistance en route.

(4) Laquelle est réglée par experts.

Page 159.

(1) Pourquoi cette différence ? Il sembleroit, d'après le principe posé en la note (2) de la page précédente, ou qu'ils devroient avoir droit de réclamer tous leurs loyers, même pendant le temps de l'arrêt; ou que, comme pour ceux loués au voyage, le temps de l'arrêt ne devroit leur être compté en aucune manière. Mais on a considéré, qu'il eût été injuste de comparer le matelot loué au mois, à celui loué au voyage. Celui-ci, en faisant un prix unique pour tout le voyage, est censé avoir pris sur lui tous les accidens qui pourroient le prolonger. L'autre, au contraire, n'en a pris aucun. Rigoureusement, il devroit donc être payé de ses loyers entiers, pour tout le temps de l'arrêt : et si on le réduit à moitié pour ce temps, ce n'est que par un tempérament d'équité, fondé sur ce que, pendant l'arrêt, il rend beaucoup moins de services, et sur ce qu'il est d'ailleurs toujours nourri aux dépens de l'armateur.

(2) *Si le voyage est prolongé.* Il ne faut pas entendre ici une prolongation de temps, mais de distance, c'est-à-dire si la décharge se fait dans un port plus éloigné que celui prévu par la convention. *Quid,* si la prolongation est forcée, par exemple, si, en cas de blocus du port de destination, le capitaine est obligé de se rendre dans un port plus éloigné, conformément à l'art. 279 ? Je pense que, dans ce cas, il n'est pas dû d'augmentation aux matelots engagés au voyage. C'est une force majeure dont ils sont censés s'être chargés.

(3) Il étoit inutile de s'occuper de ceux loués au mois. L'augmentation résulte du fait seul de la prolongation.

(4) Si donc il y a force majeure, leurs loyers subissent une diminution proportionnelle.

(5) Ils sont associés : ils doivent courir toutes les chances.

(6) Ceci est une dérogation aux règles ordinaires, d'après lesquelles la perte du gage anéantit bien l'action sur le gage, mais non celle résultant de l'obligation pour sûreté de laquelle le gage a été donné. Cela a été établi pour intéresser davantage les matelots à la conservation du navire et des marchandises.

Quid, si le navire périt au retour, après avoir gagné le fret de l'aller? VALIN, sur l'art. 8 *des loyers des matelots*, est d'avis que, dans ce cas, les matelots n'ont rien à prétendre. Il se fonde sur ce que le fret de l'aller étant ordinairement suffisant pour payer les gages des matelots, ce seroit leur ôter tout intérêt à la conservation du navire au retour, que d'assigner sur ce fret le paiement de leurs loyers en totalité. ÉMÉRIGON (*des assur. chap.* 17, *sect.* 11, §. 2), prétend, au contraire, que les loyers entiers ont un privilége sur le fret, même de l'aller. Il se fonde sur le principe

établi en matière d'hypothèque, laquelle est *tota in toto, et tota in quâlibet parte.* Je pense que ces auteurs ont trop accordé, le premier au moyen de considération; et le second, à la rigueur des principes. Il me semble que l'on pourroit concilier le tout, en décidant que, dans l'espèce proposée, les matelots ne pourront prétendre que la moitié de leurs loyers; et ce, par analogie de l'art. 356.

(7) Et ce pour deux raisons; la 1re, c'est que l'on regarde ordinairement ces avances comme une espèce de forfait, puisqu'effectivement, dans aucun cas, les matelots ne sont obligés de les restituer; et la 2e, qui n'est pas la moins forte, c'est que ces avances sont presque toujours consommées avant le départ.

Page 160.

(1) Les matelots engagés au fret, n'ont d'action que sur le fret, comme nous allons le voir tout à l'heure; et ceux engagés au profit, sur le profit seulement.

(2) *De leurs loyers échus.* Il est évident qu'ils n'ont rien à prétendre pour les loyers à échoir. Si les marchandises sauvées sont rechargées sur un autre navire, les matelots acquièrent un nouveau privilége sur le second navire.

(3) Déduction faite néanmoins des frais de sauvetage, qui sont privilégiés avant tout, *quia salvam fecerunt pignoris causam*, (L. 6, ff. *qui potiores*). Il paroît, au surplus, résulter de ces mots, *qu'ils ont sauvés*, que les matelots qui ont refusé de travailler au sauvetage, sont privés de leur privilége. VALIN, sur l'art. 9, *ibid.*, regrettoit que cela n'eût pas lieu sous l'Ordonnance, qui s'étoit cependant exprimée de la même manière que le Code.

(4) *Subsidiairement.* Ainsi ils ne peuvent attaquer le fret, qu'autant que les débris du navire ne sont pas suffisans pour les payer. La décision est importante, surtout pour le cas où l'armateur n'est pas propriétaire du navire.

(5) *Quid* de ceux engagés au profit ? Ils n'ont rien à prétendre, puisque dans l'hypothèse, la navigation a été malheureuse, et qu'il y aura plutôt perte que profit. Cependant, si toutes les marchandises se trouvoient sauvées, et qu'elles fussent vendues avec avantage dans le lieu du naufrage, il n'y a pas de doute que les matelots ne puissent réclamer la part convenue dans les profits.

(6) Ils sont associés pour le fret. C'est là le fonds commun de la société. Ils ne peuvent rien prétendre sur le reste, ni par conséqnent sur les débris du navire.

(7) C'est-à-dire, que s'il a été convenu qu'ils auroient, pour eux tous, la moitié dans le fret, ils ne peuvent réclamer que la moitié de celui que reçoit le capitaine, à raison de l'avancement du voyage.

(8) *Des journées.* Par le fait du naufrage, l'engagement des matelots est anéanti. Par conséquent, les services qu'ils rendent postérieurement au naufrage, doivent leur être payés séparément : et comme ces services ont contribué à sauver les débris et les marchandises, le paiement en est fait, même de préférence aux loyers : et par la même raison, les matelots au fret et au profit, jouissent à cet égard du même privilége pour leurs journées, que ceux engagés au mois, ou au voyage.

(9) Pour que la disposition de cet article ait lieu, il faut supposer que le navire n'a pas été pris. Autrement,

le matelot ne pourroit prétendre aucun loyer (*art.* 258). Il s'agit donc du cas où les pirates s'étant emparés du navire, se contentent d'enlever ce qui leur convient, et entr'autres objets, des matelots, et relâchent ensuite le bâtiment. Comme alors ce n'est pas la prise des matelots qui a sauvé le navire, c'est une avarie simple, qui et doit être supportée par la chose qui l'a essuyée, (*art.* 404).

(10) On suppose ici que le matelot a été fait esclave en travaillant pour le service du navire qui n'a pas été pris. Par conséquent, sa captivité est censée avarie commune, et doit être supportée par le navire ou par le chargement, suivant les circonstances.

Observez que les dispositions de cet article s'appliquent à tous les matelots, de quelque manière qu'ils aient été loués. Si donc ils sont au mois, leurs loyers sont dus pour tous les mois que durera le voyage. S'ils sont au profit, ou à la part sur un vaisseau armé en course, ils ont droit aux bénéfices résultant de la vente de la cargaison; ou ils ont part à toutes les prises qui seront faites depuis leur captivité, et pendant tout le temps que devoit durer l'engagement.

Page 161.

(1) Indépendamment du paiement des loyers en totalité.

(2) Remarquez la différence que le Code met entre les loyers et l'indemnité. Les loyers ne sont dus que jusqu'à concurrence des débris du navire, subsidiairement sur le fret, et point sur les marchandises, (*art.* 259). L'indemnité est due jusqu'à concurrence, et à proportion de la valeur réelle des marchandises. C'est la règle générale pour toutes les avaries dites *grosses ou communes*, (*art.* 401). Je crois cependant qu'il conviendroit d'établir une distinction à l'égard des loyers. Pour

ceux qui étoient dus au moment où le matelot a été fait esclave, comme ce sont vraiment des loyers échus et acquis, je pense qu'on doit leur appliquer l'art. 259, et qu'ils ne sont dus que par le navire et le fret. Mais pour le surplus des loyers jusqu'à la fin du voyage, je les regarderois comme faisant partie de l'indemnité due aux matelots faits esclaves ; et je les ferois supporter à la chose pour le service de laquelle le matelot a été envoyé à terre. C'est l'opinion de VALIN, sur l'art. 15, *des loyers des matelots.*

(3) Pourquoi l'article n'a-t-il pas prévu le cas où le matelot seroit envoyé à terre pour le service de la cargaison seule? VALIN, sur l'art. 17, *ibid.*, prétend que la raison en est qu'on ne peut concevoir un cas, dans lequel le service de la cargaison soit distinct et indépendant de celui du navire, l'équipage n'étant préposé à la conservation de la cargaison, qu'autant qu'il est chargé de la conservation du navire; au moyen de quoi, suivant cet auteur, rien ne peut se faire pour la cargaison, que par une suite du service dû au navire, au lieu que le service du navire peut n'avoir rien de commun avec celui de la cargaison. Il me semble cependant, qu'il pourroit arriver qu'un homme de l'équipage fût envoyé à terre pour le service de la cargaison seule ; par exemple, pour s'assurer si telle marchandise se vendroit dans le pays ; si telle autre pourroit s'y acheter : et, dans ce cas, je ne doute pas que l'indemnité ne doive être supportée par le chargement seul.

(4) Même pour cause valable. *Quid*, s'il tombe malade, au point de ne pouvoir rester dans le navire? *Voyez* ci-après, la note (2) de la page suivante.

(5) Nous avons fait observer précédemment, que, dans l'usage, c'est cette clôture qui forme le contrat entre le matelot et le capitaine.

(6) *Sans une cause valable*; et qui provienne des faits du matelot, *putà*, s'il ne sait pas son métier, s'il est voleur, mutin, violent, perturbateur, etc. Mais que lui est-il dû, s'il est congédié pour cause valable? Je pense que, si c'est pendant le voyage, il lui est dû son loyer pour le temps qu'il a servi, sans aucuns frais de retour; et seulement ses journées, si le congé a lieu avant le départ.

Nous avons vu ce qui est décidé pour le cas où le congé a lieu par suite de la rupture du voyage. *Quid*, si le navire est déclaré innavigable en route? VALIN, sur l'art. 10, *ibid.*, pense que, dans ce cas, le matelot peut réclamer les loyers échus, et les frais de retour, mais seulement sur le montant du navire et du fret. (*Voyez*, au surplus, pour les matelots congédiés, l'*Ordonnance du 1er aout 1743, et l'Arrêté des Consuls du 5 germinal, an 12, Bulletin n° 3735*).

(7) *Stricto jure*, on devroit lui payer la totalité, suivant la Loi 38, ff. *Locati*, puisqu'il n'a pas dépendu de lui de remplir son engagement. Mais l'on a considéré que le matelot pouvant très-aisément trouver un autre engagement, c'étoit l'indemniser suffisamment, que de lui payer le tiers de ses loyers.

(8) Lui doit-on, en outre, les journées employées à l'équipement du navire? Non. Cela n'est pas dit ici, comme dans l'art. 252, où, d'ailleurs, l'indemnité est bien moins forte, puisqu'elle est fixée seulement à un mois de loyer.

(9) Ici la totalité est due, parce qu'il n'est pas aussi facile au matelot de trouver un autre engagement.

(10) VALIN, sur l'art. 4, *des matelots*, prétend, que l'on doit regarder comme congé sans cause valable, l'obligation que le maître voudroit imposer au matelot de prolonger le voyage. Par exemple, un matelot est

engagé à Bordeaux pour le voyage de Saint-Domingue. Il est bien entendu qu'il doit ramener le navire à Bordeaux. Mais si, arrivé à Saint-Domingue, le maître veut aller à Philadelphie, il est certain que le matelot peut s'y refuser, et, si le maître persiste, abandonner le navire. Dans ce cas, il sera censé congédié sans cause valable, et on lui appliquera la disposition de notre article.

(11) *L'indemnité*, c'est-à-dire, ce qui doit être regardé comme indemnité. Ainsi, dans l'espèce de la note précédente, tout ce qui est payé au matelot, n'est pas indemnité. Car le loyer de Bordeaux à Saint-Domingue étoit gagné au moment du congé. Il n'y a donc vraiment d'indemnité que le surplus du loyer, et les frais de retour. Ces deux objets seulement doivent être à la charge du capitaine.

(12) Bien entendu qu'il faut excepter le cas où, l'armateur étant sur les lieux, c'est de concert avec lui que le matelot a été congédié.

Page 162.

(1) Naturellement : *secùs*, si c'est par suite d'une débauche, ou d'une rixe particulière. Je pense qu'alors on doit lui appliquer l'art. 264.

(2) Dans le louage ordinaire des services, le maître, *stricto jure*, ne doit point de loyers pendant la maladie du serviteur ou de l'ouvrier, parce qu'il est de principe, comme nous l'avons dit, que, toutes les fois que le locateur ne peut, même par l'effet d'une force majeure, faire jouir le conducteur (*conductor*, celui qui prend à loyer) de la chose louée, celui-ci ne doit point de loyers. Cependant on convient que, dans la pratique, il y auroit de la dureté à user de ce droit à la rigueur, surtout

à l'égard des domestiques. Mais on a voulu que ce qui ne seroit que l'effet de la délicatesse envers les autres individus, fût obligation à l'égard des matelots, pour lesquels on a en général plus de ménagement.

C'est par la même raison que, d'après l'Ordonnance du 1[er] août 1743, dont les dispositions ont été renouvelées par l'art. 5 de l'Arrêté précité du 5 germinal an 12, les capitaines qui laissent dans les hôpitaux, des gens de mer qui ont été débarqués malades, sont tenus de pourvoir aux soins desdits malades, et à la dépense nécessaire pour les mettre en état de se rendre dans leurs foyers, ou pour fournir, en cas de mort, à leur sépulture. Ils sont tenus de déposer, à cet effet, une somme suffisante, ou de donner une caution solvable, qui fait sa soumission, savoir, en France, au bureau de l'inscription maritime, et dans l'étranger, à la chancellerie du consulat.

(3) Comme c'est en travaillant pour le salut commun du navire et du chargement que le matelot a été blessé, c'est une avarie commune qui doit être supportée par le chargement, ainsi que par la moitié du navire et du fret, comme nous le verrons au titre suivant. De-là il résulte que, si le navire est pris dans le combat, le matelot n'a rien à réclamer. C'est un principe, qu'en cas de prise ou naufrage, toutes les avaries sont simples, et doivent être supportées par la chose qui les a souffertes.

(4) Soit qu'il y ait, ou non, de sa faute. Cela est indifférent. Il est en faute, par cela seul qu'il est descendu à terre sans autorisation. *Secùs*, s'il est descendu avec autorisation. Dans ce cas, les frais de traitement ne sont à sa charge, qu'autant qu'il a été blessé par sa faute.

(5) Pourvu que ce soit en France, et non pas dans l'étranger, (*art.* 270).

Il paroîtroit résulter de la manière dont cet article est conçu, que, pour que le matelot puisse être congédié, il faut deux choses : la première, qu'il soit descendu sans autorisation ; et la seconde, qu'il soit blessé. Néanmoins je pense que la première circonstance suffit. C'est aussi l'avis de VALIN, sur l'art. 12, *des loyers des matelots*. Remarquez, en outre, que l'article dit, *qu'il peut*, et non pas, qu'il doit être congédié. On n'a pas voulu qu'un matelot qui voudroit quitter le navire, pût forcer le capitaine de le congédier, en descendant à terre sans autorisation.

(6) *Quid*, si on ne le congédie pas, mais que sa blessure l'empêche de servir pendant long-temps ? Ses loyers courent-ils pendant ce temps ? Il paroîtroit juste que non. On doit supposer que c'est par bienveillance qu'on ne l'a pas congédié.

(7) VALIN, sur l'art. 15, *des loyers des matelots*, pense qu'il en doit être de même, si le matelot s'est tué en faisant le service de la manœuvre, pendant le combat. J'adopte volontiers cet avis. La manœuvre est une espèce de défense ; et d'ailleurs, les manœuvres sont beaucoup plus promptes, plus fréquentes, et plus périlleuses pendant le combat.

(8) C'est un motif bien juste d'encouragement.

(9) Avec la distinction déjà apportée, savoir, que les loyers échus jusqu'au moment de la mort, sont dus par le navire seul ; et l'excédant par le navire et le chargement.

(10) *Si le navire arrive à bon port.* Cette restriction est fondée sur ce que les héritiers du matelot ne peuvent être traités plus favorablement qu'il ne le seroit lui-même s'il vivoit. Or, nous avons vu que, quand le navire est perdu avec le chargement, le matelot ne peut prétendre aucun loyer.

Page 163.

(1) Et, par conséquent, pour le temps de maladie, pourvu qu'elle ne provienne pas de son fait.

(2) On suppose ici que le matelot est loué pour une somme unique pour l'aller et le retour, ce qui arrive en effet presque toujours. *Quid*, s'il étoit loué pour l'aller seulement? Je pense, avec POTHIER (*Louage des matelots*, *n*° 192), que la totalité des loyers est due.

(3) Pourquoi cette différence avec le matelot engagé au mois, qui n'est payé que jusqu'au jour de son décès, soit qu'il meure en allant ou en revenant? La raison en est probablement, que le matelot loué au mois ne devant éprouver aucun préjudice des accidens qui peuvent rendre la traversée plus longue, doit également courir la chance de ceux qui peuvent la raccourcir. Or, la traversée est finie pour lui, du moment qu'il est mort.

(4) Ainsi, quand il seroit mort en allant, le lendemain, même le jour du départ, ses héritiers ont droit d'exiger sa part entière : ce qui peut paroître étonnant, puisque, dans le fait, il n'a rendu que peu ou point de service, et que, par conséquent, il n'a rien versé dans la société. VALIN, sur l'art. 14, *ibid.*, pense que c'est un appât que l'on a voulu présenter aux matelots, pour les engager à former ces sortes de société.

Page 164.

(1) *Voyez* l'Ordonnance de la Marine, liv. 3, tit. 7 et 8.

(2) *Toute dépense extraordinaire.* Ce mot n'est pas ici tout-à-fait opposé à *ordinaire*; car une dépense peut n'être pas ordinaire, et cependant n'être pas ava-

rie, dans le sens qu'on attache ordinairement à ce mot. Si, par exemple, le voyage est allongé sans nécessité, de manière qu'il faille acheter de nouveaux vivres, c'est bien une dépense extraordinaire, mais qui n'est point censée avarie. Mais, si la tempête force d'entrer dans un port, et d'y séjourner pour radouber le navire, la dépense du séjour est une avarie, qui doit être supportée par les assureurs du navire. De même si, sans nécessité, le capitaine conduit le navire dans un port où il y ait des droits à payer, ce n'est point avarie. *Secùs*, si c'est la tempête ou la chasse de l'ennemi qui a obligé d'y entrer. Aussi les assureurs sont-ils tenus des dépenses réputées avaries, par le fait seul de l'assurance, et sans aucune stipulation formelle ; et ils ne sont tenus des autres dépenses, qu'autant qu'ils se sont chargés de la baraterie du patron.

(3) Remarquez que l'avarie n'est pas dite *grosse* ou *simple*, en raison du plus ou moins de valeur du dommage. Car l'avarie simple peut être beaucoup plus considérable que la grosse. Mais, on l'appelle *grosse*, parce qu'elle est supportée par *le gros* ou l'universalité du navire et de la cargaison.

Page 165.

(1) *D'après délibérations motivées.* En général, on exige des délibérations des principaux de l'équipage, quand cela est possible, afin d'éviter la fraude. Ainsi, par exemple, un capitaine qui verroit un câble ou un mât prêt à être coupé ou rompu par le gros temps, le romproit ou le couperoit volontairement, afin de faire supporter au chargement sa part dans une avarie, qui n'auroit dû être supportée que par le navire seul.

(2) *Volontairement.* Si les dépenses ou dommages étoient causés par cas fortuit, alors ce seroit avarie simple, à la charge de la chose qui auroit souffert le

dommage, ou occasioné la dépense. L'avarie, pour être commune, doit avoir eu lieu dans la vue du salut commun. Il faut donc qu'elle soit le résultat de l'intention, de la volonté.

(3) Aux corsaires, pirates, ou autres.

(4) *A titre de rachat.* Mais si le corsaire ou pirate, sans faire de composition, pille et prend ce qu'il juge à propos, sans toucher au reste, alors il y a cas fortuit; et c'est une avarie simple qui ne tombe que sur le propriétaire de la chose prise ou pillée. (L. 2, §. 3, ff. *de Leg. Rhod.*)

(5) *Du navire et des marchandises*, ensemble et tout à-la-fois. Car, si quelqu'un a racheté seul ses propres marchandises, c'est une avarie simple, qui est uniquement à sa charge.

Quid, si le navire a péri depuis? Il semble que l'on devroit décider, par analogie de l'art. 298, *alinéa dernier*, que l'on doit compte également des choses données par composition, mais seulement pour la valeur qu'elles avoient au moment où elles ont été données. Car, si le corsaire n'eût pas voulu recevoir des effets, mais qu'il eût exigé de l'argent, et que le capitaine eût été obligé d'en emprunter (non pas à la grosse, mais purement et simplement), certainement le naufrage survenu depuis ne libéreroit pas de l'obligation résultant du prêt. Cependant, Valin, sur l'art. 6 *des avaries*, paroît être d'avis que, dans cette espèce, il n'y a que les marchandises sauvées du naufrage postérieur, qui doivent contribuer au rachat. J'avoue que je ne vois pas la raison de différence entre cette espèce, et celle de l'art. 298.

Quid si, depuis le rachat, il est survenu des avaries communes, les choses données par composition y contribueront-elles? Non (*Argum. tiré* de *l'art.* 425).

Page 166.

(1) L'article ne dit pas, *s'il y a partage*, mais *s'il y a diversité d'avis*, pour faire voir que la disposition de l'article doit avoir lieu, quand même les marchands chargeurs se trouveroient en nombre plus considérable que l'équipage, et tous d'un avis opposé à celui de l'équipage. Il seroit à craindre que l'envie de conserver leurs marchandises n'influât sur leur opinion, et ne les empêchât de consentir au moyen, peut-être unique, de sauver le bâtiment; moyen dont l'équipage est le meilleur juge.

(2) *Du premier pont*; on doit entendre par-là le pont inférieur.

(3) Il paroît résulter de-là que l'avis des intéressés au chargement ne doit être demandé, que sur la question de savoir s'il y aura jet, et non sur celle de savoir quelles choses seront jetées. Autrement, l'intérêt personnel occasioneroit des contestations, pendant lesquelles le navire pourroit périr.

(4) *Au premier port de relâche.* On n'attend point que le navire soit arrivé au port de décharge; et cela, pour éviter les fraudes que pourroit commettre le capitaine ou l'équipage, en faisant mettre secrètement à terre des marchandises, qu'ils supposeroient ensuite avoir été jetées à la mer.

(5) *D'affirmer*, devant qui? Je pense que l'on doit suivre la marche tracée par l'art. 245.

(6) *Ni déclaration du capitaine.* Cette modification a été ajoutée d'après l'avis de VALIN, sur l'art. 12 *du jet*. Elle peut se référer à la disposition de l'art. 292, qui permet au capitaine de retenir dans le navire les

marchandises qui s'y trouvent, et qui ne lui ont point été déclarées, en en prenant le fret au plus haut prix payé pour les marchandises de même nature. Dans ce cas, le capitaine a dû en faire la déclaration sur son livre de bord, et sur la facture générale du chargement; ce qui doit équivaloir à un connoissement.

Mais s'il n'y a ni connoissement ni déclaration, les assureurs seront-ils tenus à l'égard des chargeurs? Il faut distinguer : si les effets sont sauvés, les assureurs sont tenus de la part des chargeurs dans la contribution : s'ils sont jetés, ils ne sont pas tenus de la perte. La raison de différence, c'est que, dans le premier cas, le défaut de connoissement n'a rien changé à la condition du propriétaire ; il eût payé de même, s'il y eût eu connoissement. Dans le second cas, au contraire, s'il y eût eu connoissement, le chargeur auroit été indemnisé par la contribution. Or, le défaut de connoissement est censé plus encore du fait du chargeur que du capitaine : et il est de principe que l'assureur n'est pas tenu des accidens survenus par le fait de l'assuré (*art.* 351). C'est ainsi que le décide ÉMÉRIGON (*des assur.*, *chap.* 12, *sect.* 44, §. 1). Je suis entièrement de son avis pour le premier cas. Dans le second, je pense qu'il doit être modifié. Car le défaut de connoissement ne doit pas, à la vérité, préjudicier aux assureurs : mais aussi, il ne peut pas être pour eux un moyen de bénéfice. Or, c'est ce qui arriveroit dans le système d'ÉMÉRIGON : car si nous supposons, par exemple, les objets chargés sans connoissement, d'une valeur de 10,000 fr., et la contribution sur le pied de 10 pour 100, il est certain que le propriétaire de ces objets, en les supposant même chargés avec connoissement, n'eût retiré de la contribution que 9,000 francs, puisque les effets jetés eux-mêmes, contribuent à raison de leur valeur. Il eût donc été en perte de 1,000 francs, qu'il eût été en droit d'exiger de ses assureurs. Or, on ne voit pas pourquoi le défaut de connoissement ou de déclaration, l'empêcheroit d'exiger cette dernière somme. Tout ce que l'on peut faire pour les assu-

reurs, c'est de les mettre dans la même position que s'il y avoit eu connoissement. Or, dans ce cas, ils eussent payé 1,000 fr. Donc, etc.

(7) *Ceux chargés sur le tillac,* excepté toutefois dans le cas du petit cabotage. On a suivi en cela l'opinion de VALIN, sur l'art. 13, contre l'avis d'ÉMÉRIGON, *ibid.*, sect. 42, §. 3.

Au surplus, la disposition qui dispense de payer les objets chargés sur le tillac, quand ils sont jetés, est fondée sur ce que, 1.°, il y a contravention à la loi; et 2.°, l'on présume qu'ils ont été jetés sans nécessité de faire le jet en général, mais parce qu'ils gênoient et embarrassoient la manœuvre.

Dans le cas où ces objets ne doivent pas être payés, les assureurs sont-ils tenus? Appliquer ce que nous avons dit dans la note précédente, sauf que les assureurs sont tenus de toute la perte, quand ils se sont chargés de la baraterie de patron. Le chargement sur le tillac est censé le fait du capitaine, plutôt que celui du chargeur; c'est pour cela que l'art. 421 donne à ce dernier un recours contre le capitaine, recours qui n'a pas lieu dans le cas de l'art. 420.

Page 167.

(1) *Rompus ou coupés*, volontairement, et pour le salut commun. Si c'est par un coup de mer, et sans le fait de l'homme, c'est une avarie simple à la charge du navire seul. Si cependant on a forcé de voiles pour éviter l'ennemi ou le naufrage, et que les mâts se soient rompus, ou les voiles déchirées; alors, comme le fait qui a donné lieu à l'accident, étoit volontaire et dans la vue du salut commun, ce sera une avarie grosse à la charge du navire et du chargement.

(2) *Des matelots.* On doit entendre, sous ce nom, les officiers, le capitaine, et même les passagers qui auroient pris les armes sur la réquisition du capitaine.

(3) C'est-à-dire, pendant le combat, soit les armes à la main, soit en faisant la manœuvre.

Quid, à l'égard du dommage éprouvé par le navire dans le combat? ÉMÉRIGON, *ibid.*, sect. 41, §. 8, prétend que c'est une avarie simple à la charge du navire. VALIN, sur l'art. 6, *des avaries*, est d'avis contraire, ainsi que POTHIER, *des avaries*, n.° 144. Cette dernière opinion me paroît plus équitable. ÉMÉRIGON lui-même convient dans le §. 7, que le dommage souffert pour fuir l'ennemi, est avarie commune. Je ne vois pas quelle raison il pourroit donner, pour décider que le dommage souffert pour combattre l'ennemi, n'est qu'une avarie simple.

(4) Il en est de même, si le navire est pris, et ensuite relâché. Les frais faits pour obtenir la relâche, sont également avarie grosse. *Idem*, si le navire entre dans un port, et y séjourne, pour fuir l'ennemi.

(5) Ainsi, il faut que les dommages aient été soufferts volontairement et pour le salut commun, pour que les loyers et nourritures des matelots pendant le radoub, soient avarie grosse. Si les dommages étoient fortuits, les frais de séjour seroient avarie simple. Cette décision est conforme à la loi 6, ff. *de Leg. Rhod.*, mais contraire à l'ancienne jurisprudence attestée par ÉMÉRIGON, (*ibid.*, *sect.* 41, §. 6).

(6) *Secùs*, s'il est affrété au voyage. Nous verrons plus bas [note (2) de la page 175], une raison, telle quelle, de cette différence.

(7) Il en est de même des frais de réparation du dommage survenu au navire, par l'effet de l'échouement qui a eu lieu pour la même cause.

Page 168.

(1) La contribution n'a lieu, que parce que l'on présume que, sans le jet, le navire eût péri avec son chargement, et que le tout a été sauvé par le jet. Si le navire périt, la présomption cesse; il ne doit pas y avoir lieu à contribution, même de la part des propriétaires des marchandises sauvées, puisque ce n'est pas le jet qui les a sauvées. De même, si le jet a été fait dans la vue d'échapper à un corsaire, et que le navire ait été néanmoins pris par ce même corsaire, il n'y a pas lieu à contribution, quand même le navire viendroit à s'échapper, ou auroit été recous, c'est-à-dire, repris par un bâtiment de sa nation. Mais si le jet avoit été fait pour sauver le navire du naufrage, qu'il ait été effectivement sauvé, et qu'ensuite il soit pris et délivré, il y a lieu à contribution, (*Argument tiré de l'art.* 424).

(2) Après la cessation totale de la tempête qui a occasioné le jet. Car, si c'est par suite de la même tempête, il n'y a pas lieu à contribution, quand même la perte n'auroit eu lieu que vingt-quatre ou trente heures après le jet.

Page 169.

(1) *Alléges.* On appelle ainsi les barques dans lesquelles on transborde les objets composant le chargement d'un navire qui ne peut entrer dans un port, soit parce qu'il tire trop d'eau, ou pour toute autre cause.

(2) On ne peut pas dire que la perte du navire a contribué à la conservation des marchandises mises dans les alléges. On peut objecter à la vérité, que, si l'on n'eût pas mis celles-là, on en eût mis d'autres. Mais il faut tenir en principe, que, dès qu'il y a naufrage, *res perit domino*, tout devient avarie simple.

(3) *Si, dans le même cas*; c'est-à-dire, s'il est nécessaire de décharger le navire, pour éviter le naufrage, en entrant dans un port ou dans une rivière; alors ce cas est comparé à celui du jet. Mais si, le navire étant au port de destination, on a été obligé, parce qu'il tiroit trop d'eau, par exemple, de mettre les marchandises dans des alléges pour les rendre à quai, et qu'elles viennent à périr, c'est une avarie simple, dont les assureurs sont tenus, mais pour laquelle il n'y a pas de contribution.

(4) Y a-t-il lieu, dans ce cas, à la contribution pour la valeur des barques? Je crois qu'il faut distinguer avec Émérigon, (*des assurances, chap.* 12, *sect.* 41, §. 1): Si c'est la chaloupe du navire, il y a lieu à contribution: *secùs*, si ce sont des barques appartenantes à des tiers qui en retirent un nolis. Le nolis est le prix du péril.

(5) *Sur le navire*, c'est-à-dire, sur la moitié du navire et du fret, comme nous le verrons tout-à-l'heure.

(6) *Et le chargement entier*, c'est-à-dire même sur les marchandises mises dans les alléges.

(7) Je crois avoir, par cette rédaction, conservé l'esprit de l'art. 429, dont le texte, en le prenant à la lettre, présenteroit une contradiction manifeste avec les principes relatifs à la contribution. En effet, cet article est ainsi conçu :

« Si, depuis la répartition, les effets jetés sont re-
« couvrés par les propriétaires, ils sont tenus de rap-
« porter au capitaine et aux intéressés, ce qu'ils ont
« reçu dans la contribution, déduction à faire des
« dommages causés par le jet, et des frais de recouvre-
« ment. »

D'abord, il est de principe, que, pour parvenir à la contribution, comme nous le verrons dans le §. 3, on

fait un état des pertes et dommages, dont on fait ensuite la répartition sur les objets jetés et sauvés, ainsi que sur la moitié du navire et du fret. Il résulte de là, que les effets jetés contribuent, comme ceux sauvés, au remboursement de leur propre valeur. Autrement, il arriveroit que leurs propriétaires ne perdroient rien, tandis que les propriétaires des marchandises sauvées perdroient leur part dans la contribution. D'après cela, établissons une espèce.

Il y a eu jet sur un navire. Les objets jetés sont estimés 10,000 francs, dont 6000 fr. appartenant à Pierre, et 4000 fr. à Paul. Le surplus du chargement, joint à la moitié du navire et du fret, est estimé 90,000 francs : total de la masse contribuable, 100,000 fr.; et comme celui des pertes est de 10,000 fr., la contribution est établie à raison de 10 p. 100. Les marchandises sauvées, et le capitaine pour la moitié du navire et du fret, contribueront réellement pour 9000 fr. Les marchandises jetées contribueront, fictivement, pour 1000 fr. : total égal aux pertes, 10,000 fr. Sur les 9000 francs effectifs de contribution, il revient à Pierre 5400 fr., et à Paul 3600 fr., ce qui, avec la part qu'ils sont censés prendre dans leurs contributions respectives, forme le montant total de leur perte. La répartition a lieu. Depuis, Pierre recouvre ses effets. Le dommage qu'ils ont éprouvé par le jet, et les frais de recouvrement, sont évalués à 3000 fr. Ainsi, ces objets représentent encore dans la main de Pierre, une somme de 3000 fr. L'article semble décider que, dans ce cas, Pierre sera tenu de rapporter ce qu'il a reçu dans la contribution, mais déduction faite des dommages causés par le jet, et des frais de recouvrement. Or, il a reçu 5400 fr. Les dommages et les frais sont évalués à 3000 francs : il paroîtroit donc ne devoir rendre que 2400 fr. Il lui resteroit, par conséquent, 3000 fr., ce qui, avec la valeur actuelle de ses marchandises, aussi de 3000 fr., lui feroit la somme primitive de 6000 fr. Il résulteroit donc de là,

qu'il ne perdroit rien, et qu'il ne contribueroit en rien, ni à son propre dommage, ni à celui de Paul.

Pour justifier notre article, qui est copié de l'art. 22 de l'Ordonnance, titre *du jet*, il faut dire que, par ces mots, *ce qu'ils ont reçu*, il faut entendre, non-seulement ce qu'ils ont reçu réellement et effectivement des autres contribuables, mais encore ce qu'ils ont reçu fictivement de leur propre contribution. Ainsi, dans notre espèce, Pierre est censé avoir reçu, dans la contribution, 6000 fr., dont, 5400 fr. effectifs, et 600 fr. montant de sa propre contribution. Maintenant, si, de ces 6000 fr., on défalque les dommages causés par le jet, et les frais de recouvrement, montant à 3000 fr., il se trouvera que Pierre sera obligé de restituer 3000 fr., qui seront répartis entre lui et tous les autres contribuables, au marc le franc de ce qu'ils ont payé. En faisant les calculs convenables, on verra qu'il revient à Pierre, dans cette somme, celle de 180 fr., et à Paul, celle de 120. En conséquence, il reviendra définitivement à Pierre 5580 fr., savoir :

	3000 fr.	en marchandises.
	2400 fr.	restant de ce qu'il a reçu dans la contribution.
et	180 fr.	pour sa part dans la répartition des 3000 fr. versés par lui.

Total 5580.

Il sera donc en perte de 420 fr.; ce qui est effectivement la somme pour laquelle il doit contribuer aux dommages éprouvés par Paul, et par lui-même en définitif.

(8) Il en seroit autrement, si le navire se trouvoit en cet état, par suite d'opérations faites pour le salut commun. Ainsi, par exemple, pour éviter le naufrage, on a été obligé de couper les mâts; ne pouvant plus gouverner, le navire a donné sur des rochers, qu'il auroit évités, s'il eût eu ses mâts. Je pense

que, dans ce cas, le dommage du navire devient avarie commune.

Page 170.

(1) C'est par suite de ce principe que, tandis que les marchandises sont, pour la contribution, estimées à raison de leur valeur au lieu de la décharge, le navire est au contraire estimé d'après sa valeur au lieu du départ. Cependant on ne le fait contribuer que pour moitié de cette valeur, parce qu'il est censé avoir perdu l'autre moitié par le dépérissement résultant du voyage. Mais comme ce voyage a valu un fret au propriétaire du navire, on remplace cette moitié de la valeur du navire, par la moitié du fret. Quoi qu'en dise VALIN, sur l'art. 7 *du jet*, cette disposition, qui étoit la même dans l'Ordonnance, me paroît favorable au propriétaire du navire. En effet, le principe général sur cette matière est, que tout ce qui a été sauvé par le jet, doit contribuer au jet. Or, quels sont les objets sauvés, à l'égard du propriétaire du navire? C'est bien certainement le navire entier, tel qu'il est au moment de l'arrivée, et le fret entier du chargement, puisque l'on suppose que, sans le jet, le navire et le chargement eussent péri. Il paroîtroit donc de toute justice que ces deux objets contribuassent en totalité, déduction faite toutefois des loyers des matelots, que le maître n'eût pas payés, s'il y eût eu naufrage. Mais on a considéré, qu'indépendamment du dépérissement que le navire a essuyé pour gagner le fret, le maître a, en outre, dépensé les vivres, et les loyers des matelots; que de plus, il faut bien lui tenir compte de l'intérêt des dépenses qu'il a faites pour la mise hors. A la vérité, l'on pourroit répondre qu'à l'exception des loyers restant dus aux matelots, qu'il n'eût pas payés s'il y eût eu naufrage, il auroit perdu tout le reste sans le jet. Mais, au surplus, la loi est formelle, il faut s'y tenir.

(2) *Destinées à la défense*, etc. Car, si elles étoient chargées comme marchandises, elles devroient contribuer au jet, quand même elles appartiendroient au propriétaire du navire.

(3) *Aux gens de l'équipage*; ce qui comprend, non-seulement les matelots, mais encore les officiers, et même le capitaine. On suppose qu'ils ont suffisamment payé de leurs personnes dans le combat ou dans la manœuvre.

Page 171.

(1) Et ils reçoivent, dans ce cas, la totalité de ce qu'ils ont perdu, tandis que les propriétaires des marchandises jetées, étant eux-mêmes obligés de contribuer au jet, ne reçoivent la valeur de leurs marchandises, que déduction faite de ce qu'ils doivent payer pour leur part dans la contribution. Si donc la contribution est de 10 pour 100, le chargeur qui a perdu pour 2000 fr. de marchandises, ne recevra, par la contribution, que 1800 fr.; tandis que le matelot qui a perdu pour 200 fr. de hardes, recouvrera ses 200 fr. en entier.

(2) On ne peut pas dire que ce soient les avaries postérieures qui les ont sauvés, puisqu'on les suppose recouvrés par tout autre événement.

(3) Les loyers de l'équipage étoient expressément dispensés de la contribution pour le jet, par l'Ordonnance, article 11 *du jet*, lequel est copié dans notre article 419, sauf le mot *loyers* qui est supprimé. A-t-on entendu, par cette suppression, les soumettre à la contribution? Ce qu'il y a de singulier, c'est que le Code, art. 304, les excepte formellement de la contribution pour le rachat, tandis qu'au contraire l'Ordonnance, art. 20 *des loyers des matelots*, les y soumettoit expressément: et il y avoit peut-être une raison. Lors-

qu'il y a eu jet, on peut présumer que le navire et le chargement ont été sauvés, non seulement par le jet, mais encore par les travaux extraordinaires de l'équipage, qui a dû lui-même travailler au jet. Il est donc juste de tenir compte à l'équipage de ce surcroît de travail; et pour cela, on dispense ses loyers de la contribution. Mais lorsqu'il y a rachat, on ne peut pas dire que les travaux de l'équipage ont contribué au salut commun, puisque rien n'est sauvé que par le rachat : et comme le rachat a sauvé également les loyers des matelots, qui, en cas de prise, n'ont rien à prétendre, il a pu paroître juste que ces loyers entrassent en contribution. D'après cela, il semble que, si le Code a cru devoir aller plus loin que l'Ordonnance, et excepter les loyers de la contribution, même pour le rachat, il doit être censé, à plus forte raison, les avoir exceptés de la contribution pour le jet. C'est au surplus ainsi qu'il paroît que l'article a été entendu par le Tribunat; et j'ai cru devoir rédiger le texte en conséquence.

Quid, à l'égard des hardes, bijoux, et coffres des passagers? Émérigon, (*ibid.*, *sect.* 42, §. 8), prétend que, dans l'usage, les hardes et bijoux ne contribuent pas, parce qu'on les regarde comme l'accessoire de la personne, mais que, cependant, si la difficulté s'élevoit, il seroit difficile de dispenser ces objets de la contribution. Cela doit s'appliquer à bien plus forte raison aux coffres.

(4) *Au lieu du déchargement*; que ce soit le port de destination, ou tout autre où il y aura nécessité de faire le déchargement, si toutefois on ne trouve pas de navire pour transporter le chargement à destination : autrement, l'opération n'auroit lieu qu'au port de destination. Dans tous les cas, le Tribunal du lieu où elle se fait, doit en connoître. Il résulte de ce principe que, quand même l'avarie arriveroit dans le port de chargement, il n'en faudroit pas moins attendre que le navire fût arrivé au port de décharge, pour faire le

règlement d'avarie. Le motif de cette disposition est que, si le règlement se faisoit plus tôt, il pourroit arriver, postérieurement, tel événement qui le rendroit inutile. Si, par exemple, il survenoit un naufrage ou de nouvelles pertes depuis le règlement, il est certain que les effets perdus ou avariés par l'effet de ce second événement, ne devroient point contribuer aux premières avaries, ou ne devroient y contribuer que pour leur valeur nouvelle; et cependant, ils se trouveroient compris dans le premier règlement pour leur valeur primitive. D'ailleurs, puisqu'il faut estimer aux prix du lieu de la décharge, il faut y être arrivé pour les bien connoître.

Page 172.

(1) Observez que les assureurs ne peuvent point contester le règlement fait par l'autorité du Tribunal compétent, et qu'ils sont obligés de s'en rapporter à ce qui a été ordonné : il suffit que l'assuré ait été obligé de payer, pour qu'il ait son recours contre l'assureur. La prévarication même du juge, à moins que l'assuré n'en soit complice, est un risque dont l'assureur est chargé; sauf, dans tous les cas, son recours contre qui de droit. (Emérigon, *des assur.*, *chap.* 20, *sect.* 2, §. 5).

(2) *Au lieu du déchargement*, et non pas de la destination. Il est possible que le mauvais état du navire oblige de décharger dans un autre port que celui de destination, et qu'on ne puisse pas trouver d'autre navire pour recharger les marchandises : il faudra bien, dans ce cas, les estimer d'après la valeur qu'elles auroient eue au lieu de la décharge effective.

La loi 2, §. 4, ff. *de Leg. Rhod.*, prenoit pour base de l'estimation des marchandises jetées, le prix qu'elles avoient coûté. L'Ordonnance, et après elle le Code, sont plus justes L'objet de la contribution est

de mettre sur la même ligne, les propriétaires des marchandises jetées, et ceux des marchandises sauvées. Or, ces derniers profitent du gain qu'il y a à faire sur leurs marchandises au lieu de décharge; et ils ne doivent ce gain qu'au jet. Il seroit injuste que les premiers ne fussent pas indemnisés du gain qu'ils eussent fait sur leur marchandises, si elles eussent été également sauvées.

(3) Mais déduction faite des frais de nolis et autres qu'elles auroient payés, (*art.* 304); autrement, le fret contribueroit deux fois.

(4) *S'il y en a.* Ces mots ne tombent que sur les factures. Nous avons vu que les marchandises dont il n'y a pas de connoissement, ne sont pas remboursées. La production des factures peut être nécessaire, lorsque le connoissement ne contient pas d'indication suffisante.

(5) *De leur valeur.* Cette valeur, pour les objets jetés, est celle qu'ils auroient eue au lieu de la décharge, s'ils eussent été sauvés, et en bon état. Pour ceux sauvés en bon état, c'est leur valeur actuelle; pour ceux sauvés, mais détériorés, c'est également leur valeur actuelle, si la détérioration provient d'avarie simple. Mais si elle provient d'avarie commune, comme cela fait partie des pertes et dommages qui doivent être remboursés par la contribution, on les estime d'après la valeur qu'ils auroient, s'ils n'étoient pas endommagés, le tout, déduction faite du fret et autres dépenses, tant à l'égard des objets jetés, que de ceux sauvés. Il est évident que ces frâis diminuent d'autant leur valeur.

(6) *Sur la moitié du navire*, estimée d'après ce qu'il étoit au départ; car, quoique le texte paroisse contraire à cette interprétation, je n'en persiste pas

moins à penser que telle a été l'intention du législateur, et que ces mots, *à proportion de leur valeur au lieu du déchargement*, doivent être entendus, comme s'ils étoient placés immédiatement après ceux-ci, *sur les effets jetés et sauvés.* Autrement, cette disposition, que nous avons déjà prouvé être très-favorable aux propriétaires du navire, iroit jusqu'à l'injustice. En effet, si l'on n'estime le navire que ce qu'il vaut au lieu de la décharge, il doit contribuer pour la totalité de sa valeur, et au moins pour la moitié du fret, sauf à abandonner l'autre moitié, pour indemniser le maître des loyers des matelots qu'il n'eût pas payés, s'il y eût eu naufrage.

(7) Ou la valeur par les factures.

(8) Ou une valeur.

Page 173.

(1) Et en effet, si elles sont perdues, le propriétaire n'est pas recevable à dire que leur valeur excède celle portée au connoissement, puisque le connoissement étant de son fait, ce seroit prétendre qu'il a voulu faire une friponnerie. Or, *nemo auditur suam turpitudinem allegans.* Si elles sont sauvées, il n'est pas juste que le propriétaire tire avantage de sa fraude, pour payer une moindre part dans la contribution; *nemo ex delicto suo debet consequi emolumentum.*

(2) Même motif que dans la note précédente. Mais quelle seroit, dans les deux cas, l'obligation des assureurs à l'égard du propriétaire des marchandises? Il est bien certain que, si les marchandises étoient jetées, ils ne seroient tenus que d'après la valeur donnée auxdites marchandises par le règlement d'avarie, parce qu'encore une fois, l'assuré n'est pas recevable à alléguer qu'il a déclaré une valeur moindre que celle effective ;

la difficulté n'existe donc que pour le cas où elles seroient sauvées. Il est certain qu'en général, lorsqu'il y a lieu à contribution, les assureurs des marchandises sauvées doivent indemniser l'assuré de ce qu'il paie dans la contribution. Or, nous avons vu que, dans l'espèce, l'assuré paieroit d'après la valeur réelle des marchandises, et non d'après celle portée au connoissement. Les assureurs, dans ce cas, seroient-ils tenus de l'indemniser pleinement ? Je ne le pense pas : je crois qu'ils seroient tenus seulement de lui restituer ce qu'il auroit payé, si la valeur réelle eût été la même que celle portée au connoissement. Car ce n'est que cette dernière valeur que l'assureur a entendu garantir; et l'assuré n'est pas recevable à exciper de sa propre fraude.

(3) Elle pourroit être aussi arrêtée à l'amiable entre les parties, si toutes y consentoient. Mais EMÉRIGON, (*des assur.*, *chap. 12*, *sect. 43*, *§. 4*), prétend, avec raison, que, dans ce cas, le règlement d'avarie ne lieroit pas les assureurs.

(4) *Et le capitaine*, pour ce qui revient tant à lui, qu'à chacun de ceux à qui il est dû indemnité. Il est censé, dans cette circonstance, le fondé de pouvoir des chargeurs, qui ont, en conséquence, une action directe contre lui, sauf son recours contre les contribuables. Mais doit-on conclure de notre article, qu'il n'y ait que le capitaine et l'équipage qui aient droit de former la demande en contribution, et que les chargeurs n'auroient pas le droit de la former les uns contre les autres, et avec le même privilége ? Je ne suis pas de cet avis, et je pense qu'ils ont réciproquement l'action, sauf la prescription, ou fin de non recevoir, dont il va être parlé. C'est aussi l'opinion d'EMÉRIGON, *ibid.*

(5) *Ainsi que l'équipage*, pour ce qui lui revient dans la contribution, par exemple, dans le cas de l'art.

419, si ses hardes ont été jetées, et dans le cas du §. 6 de l'art. 400.

(6) *Un privilége*, pour sûreté duquel le capitaine peut s'opposer à ce que les marchandises soient remises aux chargeurs, jusqu'à ce qu'ils aient payé le montant de leurs contributions respectives; mais cependant cela ne se fait point dans la pratique, à moins que le capitaine n'ait juste sujet de craindre l'insolvabilité des chargeurs.

(7) *Est éteinte*, non seulement à l'égard du capitaine, mais encore à l'égard de tous. Ainsi, ce qui pourra paroître singulier, le fait du capitaine qui délivre les marchandises et reçoit le fret, sans protestation, éteint l'action des chargeurs à qui il est dû indemnité, contre les chargeurs qui la doivent. Mais cela est une conséquence du principe que le capitaine est le mandataire des chargeurs. Tout ce qu'il fait, ils sont censés le faire par son organe, sauf l'action *mandati* que les chargeurs non payés conservent contre lui.

Page 174.

(1) Ou au navire.

(2) Ainsi que par le vice ou le mauvais état du navire. Mais remarquez que, si l'échouement a eu lieu pour sauver le navire, par exemple, en cas de poursuite d'un corsaire, c'est avarie grosse.

(3) *Contre le capitaine, le navire, et le fret :* contre le capitaine, parce qu'il doit répondre de ses faits, et de ceux de l'équipage, puisque c'est lui qui le choisit: contre le navire et le fret, parce que les propriétaires du navire, qui sont en même temps créanciers du fret, sont tenus des faits du capitaine par l'action exercitoire. Mais pourquoi n'a-t-on pas dit simplement, contre le

capitaine et les propriétaires ? c'est parce que ces derniers ne sont tenus, aux termes de l'art. 216, que jusqu'à concurrence du navire et du fret, et qu'en abandonnant ces deux objets, ils sont quittes de toute responsabilité à cet égard.

Mais que doit-on décider, dans ce cas, à l'égard de l'assureur du chargement, qui a pris sur lui *la baraterie de patron* ? Il est certain qu'il doit indemniser le chargeur de tout le dommage, sauf son recours contre le capitaine, le navire, et le fret. Mais *quid*, s'il y a également assurance sur le navire, lequel des deux assureurs sera préféré? Il n'y a pas de doute que ce sera l'assureur sur le chargement, comme étant subrogé à l'assuré. Mais l'assureur sur le navire sera-t-il tenu de rembourser au propriétaire du navire, ce que ce dernier a payé au chargeur qui a souffert le dommage ? Il faut distinguer : s'il n'a pas pris sur lui la baraterie de patron, il n'est pas tenu ; s'il s'en est chargé, il est tenu. Mais quant à l'étendue de son obligation, il faut encore distinguer : si le propriétaire n'a pas fait l'abandon du navire et du fret, mais qu'il ait payé tout le dommage, l'assureur est tenu de lui rembourser tout ce qu'il a payé ; mais s'il a fait l'abandon, l'assureur ne lui doit que *quatenus ei abest*, c'est-à-dire, la valeur du navire et du fret. Car autrement, l'assurance seroit un moyen de bénéfice pour l'assuré, ce qui ne doit jamais être.

Nous avons supposé, dans cette note, que l'assureur sur le navire pouvoit concourir avec celui sur le chargement ; et nous avons donné la préférence à ce dernier ; ce qui paroît contraire à la disposition de l'art. 191, qui, §§. 10 et 11, met le privilége de la prime d'assurance sur le corps, avant celui des chargeurs pour le montant de l'avarie provenant de la faute du capitaine ou de l'équipage. Mais il faut observer que, dans notre espèce, il ne s'agit point du privilége de la prime, qui est toujours préféré à celui du chargeur. Mais l'on y suppose que le propriétaire du navire en a fait le délaissement à son assureur ; et, comme

en vertu du délaissement, le navire et le fret deviennent la propriété de l'assureur sur le corps, il doit nécessairement s'établir un concours entre lui et le chargeur privilégié. Mais, comme il est de principe que *nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse habet*, et que le navire se trouvant grevé, au moment du délaissement, du privilége du chargeur, n'a pu passer à l'assureur qu'avec la même charge, il en résulte que le chargeur, ou son assureur qui le représente, peuvent exercer, après le délaissement, sur le navire et le fret, la même action que si le navire étoit encore dans la main du propriétaire.

(4) *Les frais faits pour sauver les marchandises*, etc. Observez que l'Ordonnance de la Marine, tit. 9, art. 27, adjuge le tiers des effets sauvés à ceux qui les ont sauvés. Mais cela ne s'applique qu'aux effets trouvés en pleine mer, ou sauvés de son fond, et non aux effets sauvés d'un navire près de la côte où il a échoué. (Décision du Conseil des prises, du 20 janvier 1813, rapportée dans SIREY, 1814; 2e P., p. 168).

(5) Ces dommages sont à la charge du navire, et de l'assureur sur le corps.

Page 175.

(1) Même observation que dans la dernière note de la page précédente.

(2) Dans ce cas, l'avarie est simple, parce que, comme il n'y a qu'un fret convenu pour tout le voyage, ce qui comprend le temps de la détention, le maître doit à l'affréteur le service de ses matelots pendant tout le voyage; et d'ailleurs, en faisant un prix unique, il a pris sur lui tous les risques du voyage. Quand l'affrétement est au mois, le maître ne recevant pas de fret pendant la détention, (*art.* 300), ne doit pas

le service de ses matelots pendant ce temps. C'est pour cela que la nourriture et les loyers sont réputés, dans ce cas, avarie commune.

(3) Je ne vois pas pourquoi on n'a pas admis ici la même distinction que dans la note précédente, à moins que l'on ne dise que les frais de quarantaine devant être prévus, ont dû nécessairement être compris dans le fret exigé par le capitaine; ce qui ne peut s'appliquer aux frais de séjour causés par cas fortuit. Mais alors, il faudroit faire une exception en faveur des frais de quarantaine qui n'ont pu être prévus; par exemple, lorsque le navire arrive d'un pays où il règne une maladie contagieuse, mais qui n'y est pas ordinaire.

(4) *Le lamanage* est le service que rendent à un navire qui veut entrer dans un port ou dans une rivière, les barques ou petits bâtimens qui vont au-devant de lui pour le hâler, diriger sa marche, et lui faire éviter les écueils. Les conducteurs de ces barques sont appelés *lamaneurs* ou *locmans*. L'Ordonnance, liv. 4, tit. 3, art. 11, appelle aussi *lamaneurs* les pilotes côtiers.

(5) *Touer* un navire, c'est le traîner sur l'eau à l'aide d'un cordage, soit que le cordage soit tiré par des hommes qui sont sur le rivage, ou par des canots allant à la rame, soit que l'équipage du navire toué tire lui-même sur un cordage attaché à un point fixe. On toue aussi un vaisseau en pleine mer; mais cela s'appelle plus communément *remorquer*.

(6) C'est ce qu'on paie aux pilotes côtiers, appelés aussi *lamaneurs*, qui se rendent à bord des navires pour les faire entrer dans les ports, ou les en faire sortir avec sûreté.

(7) *Le congé* est la permission de mettre en mer. Il est délivré par l'administration du port. D'après la loi du 27 vendémiaire an 2, les bâtimens de 30 tonneaux et au-dessous, doivent prendre un congé chaque année. Les bâtimens d'un plus fort tonnage, en prennent un par voyage. Voir, au surplus, dans l'Ordonnance, le titre *des congés et rapports*, et VALIN sur ce titre.

(8) Le droit *de visite* est ce que l'on paie aux personnes chargées de faire la visite, et de constater l'état des navires.

(9) *Rapport* : c'est le coût du *rapport* ou *consulat* que le capitaine est obligé de faire dans le port d'arrivée, ou dans ceux de relâche.

(10) *Tonnes* : c'est le droit destiné à l'entretien des tonnes vides que l'on place au-dessus des rochers et bancs de sable, pour les indiquer aux navires.

(11) *Balises* ; c'est à peu près la même chose que le droit de tonnes. Seulement le mot *balise* est plus étendu. Il signifie, en général, tout ce qui sert à indiquer le chemin.

(12) *Ancrage*. C'est le droit que l'on paie pour avoir la permission de jeter l'ancre. Pour avoir des détails sur ce droit, ainsi que sur ceux de tonnes, balises, feux, etc., *voyez* VALIN, sur l'art 11, *de l'Amiral*. Le mot *ancrage* signifie aussi un lieu du fond de la mer, sur lequel les vaisseaux peuvent mouiller avec sûreté.

(13) Tels que le droit de feu pour l'entretien des feux ou phares, les droits d'amarrage, de tonnage, de quarantaine, etc.

Quid, des droits imposés sur les marchandises ? Ils ne sont pas avaries, dans le sens qu'ils ne sont pas à la charge de l'assureur des marchandises. Si, cependant,

par fortune de mer, le navire étoit obligé de décharger dans un port où les droits fussent plus considérables que dans celui de destination, l'excédant deviendroit avarie à la charge des assureurs.

(14) *Ne sont point regardés comme avaries*, quand ces dépenses sont la suite ordinaire de la navigation. Mais, si elles sont extraordinaires, c'est-à-dire causées par fortune de mer, elles deviennent avaries; si, par exemple, dans la crainte de la prise ou du naufrage, le capitaine est entré dans un port ou dans une rivière, pour attendre la fin du danger, et reprendre ensuite son voyage, alors ses dépenses deviennent avarie commune, et doivent être supportées par le navire et le chargement, (*Argum. tiré de l'art.* 400, *n° 7 et* 8), et elles sont à la charge des assureurs. Au surplus, pour prévenir toute discussion et distinction à ce sujet, il est d'usage de passer au maître tant pour cent du fret, pour toutes ces dépenses, quelle qu'en soit la cause. C'est ordinairement pour le cabotage, 10 p. 100 du fret.

(15) L'Ordonnance, art. 8, *des avaries*, mettoit les frais de lamanage, touage, et pilotage, pour un tiers, à la charge du navire, et pour les deux autres tiers, à la charge des marchandises. D'après notre article, ils sont à la charge du navire seul. Mais, dira-t-on, pourquoi le législateur ne s'est-il pas contenté de dire que ces dépenses étoient des avaries simples à la charge du navire? Et pourquoi s'est-il servi de cette rédaction, *ne sont pas avaries, mais de simples frais à la charge du navire?* C'est que l'art. 406 a deux objets. Le premier, d'ordonner que le navire seul supportera toutes ces dépenses; et ce, par dérogation à l'article précité de l'Ordonnance. Et le second, de décider que les assureurs n'en sont pas tenus; ce qui résulte de ce qu'il est dit formellement, que ces dépenses ne sont point avaries, parce qu'il est de principe général que les assureurs ne peuvent être tenus que des avaries.

(16) On se font tout autre dommage.

(17) *Par la faute.* Donc il faut qu'il y ait faute. Donc, s'il n'y a pas de faute, le navire qui a causé le dommage, ne doit rien, soit que le dommage résulte d'un cas fortuit, ou d'un fait occasioné par un cas fortuit; si, par exemple, un navire n'ayant pas d'autre moyen pour éviter le naufrage, coupe les câbles d'un autre, il ne doit rien. (L. 29, §. 3, ff. *ad Leg. Aquil.*) Mais, si le navire étoit mal amarré, et que, l'amarre venant à se détacher, il en aborde un autre, il doit le dommage. De même, si le navire, étant à l'ancre, a négligé de mettre une bouée pour indiquer la place de son ancre, et qu'un autre navire s'y accroche; si, étant requis de larguer son amarre, pour qu'un bâtiment puisse passer par-dessus, il l'a refusé, etc.

(18) C'est-à-dire, par le capitaine *in solidum*, et par les propriétaires du navire, jusqu'à concurrence du navire et du fret, conformément à l'art. 216.

(19) *S'il y a doute.* L'art. ajoute *dans les causes de l'abordage*, ce qui me paroît exprimé d'une manière obscure. Il semble, en effet, que tout abordage doit être présumé fortuit, tant que le contraire n'est pas prouvé, et que, par conséquent, il ne peut jamais y avoir doute légal sur les causes de l'abordage. Mais il peut être certain que l'abordage n'est pas fortuit, et cependant impossible de dire quel est le capitaine dont la faute l'a occasioné; et je pense que c'est là le cas de doute dont veut parler notre article. Car, dès qu'il y a abordage, il faut bien que la loi commence par établir une présomption quelconque, relativement à sa cause; et il paroît convenable de présumer le cas fortuit. C'est l'opinion de VALIN, sur l'art. 10, *des avaries*. Si cela est, la présomption doit valoir, jusqu'à ce que le contraire soit prouvé. Mais alors que devra-t-on prouver, si ce n'est que l'abordage n'est pas arrivé par cas fortuit?

Et, cela une fois constant, si l'on ne peut établir quel est le capitaine qui l'a causé, le dommage sera supporté également.

Emérigon, (*des assur.*, *chap.* 12, *sect.* 14, § 2), donne des règles pour décider de quel côté peut être la faute. Ainsi,

1.° Lorsque deux navires se présentent pour entrer dans le même port, le plus éloigné doit attendre que le plus proche soit entré. S'ils s'abordent, le dommage sera imputé au dernier venu, jusqu'à preuve contraire.

2.° Le navire qui sort du port, doit faire place à celui qui entre.

3.° Celui qui sort le second, est censé avoir abordé celui qui est sorti le premier.

4.° La présomption est contre le navire qui met à la voile pendant la nuit.

5.° Celui qui est sous voile, doit le dommage causé à celui qui est à la cape.

6.° Celui qui se place mal dans le port, ou qui ne garde pas la distance prescrite, doit payer le dommage.

7.° *Idem*, de celui qui s'amarre dans un lieu non destiné à cet effet.

8.° *Idem*, de celui qui est mal amarré.

9.° En cas de concours de deux navires, le plus petit doit céder au plus gros.

10.° La présomption est contre le navire laissé sans gardien, etc., etc.

(20) *Par les navires.* On s'est servi de cette expression pour faire voir, 1.°, que le dommage doit être supporté par les propriétaires du navire, et non par le capitaine, ce qui ne seroit pas juste, puisque l'article suppose que l'on n'a pu prouver qu'il étoit en faute. Et 2.°, que cette action est une espèce d'action *de pauperie*, qui ne se donne en conséquence que jusqu'à concurrence du navire et du fret.

Jusqu'à présent nous n'avons entendu parler que du

dommage causé au navire. Mais *quid juris*, si l'abordage a également endommagé le chargement? D'abord, si l'abordage a lieu par la faute d'un capitaine, les chargeurs auront contre lui et l'armateur, la même action que le propriétaire du navire endommagé, (*C. C. art.* 1382). Si l'abordage est fortuit, c'est une avarie simple qui est supportée par la chose qui l'a soufferte. La difficulté n'existe donc que pour le cas où il y a doute. Le dommage éprouvé par le chargement sera-t-il réparé à frais communs, comme celui des navires? VALIN, sur le même art. 10, prétend, comme nous l'avons dit, qu'en principe général, tout abordage doit être présumé fortuit, jusqu'à ce qu'il soit démontré par la faute de qui il est arrivé : que si l'on a fait une exception à ce principe pour le cas de doute, c'est pour des raisons de police, qui s'appliquent aux navires seulement, et non aux marchandises; et que par conséquent, pour ce qui concerne le chargement, le principe reste dans toute sa force : d'où il conclut que pour les marchandises, il ne peut y avoir que deux cas, celui où il est démontré que l'abordage est arrivé par la faute de l'un des capitaines, et celui où cette preuve n'est pas faite. Dans le premier cas, tout le dommage, même celui du chargement, est réparé par le capitaine et le navire qui l'a causé; dans le deuxième, l'abordage est présumé fortuit, et le dommage causé au chargement, est réputé avarie simple, à la charge de celui qui l'a soufferte.

Page 176.

(1) *Quid*, si c'est dans un lieu où il n'a pu agir; par exemple, en route, ce qui est rare? Le délai doit courir du moment de l'arrivée.

(2) Pourquoi un si court délai? C'est que le navire abordé pourroit essuyer postérieurement d'autres avaries, dont il dissimuleroit la cause, pour pouvoir les at-

tribuer à l'abordage; et la Cour de Cassation a même jugé, le 5 messidor an 13, (SIREY, 1816; 1.re P., p. 215), que la règle des vingt-quatre heures devoit avoir lieu, quand même le navire seroit naufragé par suite de l'abordage.

Page 177.

(1) *Charte-partie.* (*Voyez l'Ordonnance de la Marine*, *liv.* 3, *tit.* 1.er). Ce mot vient des deux mots latins, *charta partita*, parce que ces sortes d'actes s'écrivoient anciennement sur un morceau de papier que l'on coupoit en deux parties, du haut en bas, et dont on donnoit une moitié à chaque contractant. Lorsque le voyage étoit fini, et qu'on vouloit vérifier si les conventions avoient été exécutées, on réunissoit les deux moitiés pour en juger. VALIN, tit. *des chartes-parties*, prétend qu'il en étoit de même anciennement de tous les actes, non translatifs de propriété, qui se faisoient par écrit.

(2) Nous disons en général, *pour un usage convenu*, parce que les navires peuvent se louer pour différens usages. On loue des barques à des pêcheurs pour la pêche. En temps de guerre, on loue un vaisseau à un corsaire pour la course. On loue une place dans un navire à un passager, pour le transporter d'un lieu à un autre. L'usage le plus ordinaire pour lequel on loue les navires, est le transport des marchandises; et c'est principalement sous ce rapport que la charte-partie est considérée dans ce titre.

Page 179.

(1) *Le tonnage*, c'est-à-dire le port en tonneaux. La force des bâtimens de mer, destinés au commerce, s'estime par le nombre de tonneaux; et l'on entend par

tonneau de mer, un espace égal à celui que peuvent occuper quatre barriques de Bordeaux, c'est-à-dire environ quarante-deux pieds cubes. Ainsi l'on dit, *un navire de 200 tonneaux*, c'est-à-dire, pouvant contenir une quantité de marchandises, d'un encombrement égal à 800 barriques de Bordeaux, ou à 8400 pieds cubes. On dit aussi que le tonneau de mer pèse ordinairement 2000 liv. Mais, comme les marchandises sont, en général, d'inégale pesanteur, et qu'il en est d'un grand encombrement, quoique beaucoup moins pesantes que d'autres d'un volume moins considérable, c'est moins au poids que l'on s'arrête, qu'à l'encombrement effectif. C'est ainsi que 800 liv. de chanvre font un tonneau, et que 2500 liv. de fer en font également un. Mais quand les marchandises sont enfutaillées, la règle est que quatre barriques, ou six tierçons, ou huit quarts, font un tonneau.

(2) *Quid*, s'il est plus grand? POTHIER, de *la charte-partie*, n.° 44, prétend qu'il faut distinguer : si l'affréteur a loué le navire entier, il ne doit aucune augmentation; s'il l'a loué au quintal ou au tonneau, il doit autant de fret qu'il occupe de tonneaux, ou qu'il a placé de quintaux.

(3) Si toutefois il a loué son navire en entier; ou si, le louant au tonneau ou au quintal, il l'a loué pour plus de quintaux ou de tonneaux qu'il n'en peut contenir. Il en seroit de même, quand il auroit fait une déclaration exacte, si, en louant à la cueillette, il s'est engagé à prendre plus de marchandises que le bâtiment n'en peut porter. Mais alors qui doit charger de préférence? Il me semble que ceux qui ont chargé les premiers, doivent rester en possession, (*Argument tiré de l'art.* 1141 *du Code Civil*). Si personne n'a chargé au moment où la fraude est découverte, je pense que l'on doit préférer ceux qui ont traité les premiers, et que les autres ont seulement des dommages-intérêts à prétendre.

(4) Dans ce cas, le capitaine est présumé de bonne foi, et avoir été le premier trompé, sauf, toutefois, la preuve contraire.

Page 180.

(1) Cette espèce d'affrétement est très-rare. Il est tombé en désuétude parce qu'il dépendoit du capitaine d'allonger le voyage à sa volonté.

(2) Et il est dû jusqu'à ce que les marchandises soient délivrées à terre. L'arrivée aux infirmeries ne termine pas le voyage. ÉMÉRIGON, *des assur.*, *chap.* 13, *sect.* 18, § 2.

Page 181.

(1) *Ou à-peu-près :* les trois quarts ou environ, dit VALIN, sur l'art, 1er *du fret.*

Page 182.

(1) *Par écrit*, devant notaire, courtier, ou sous seing-privé. Mais, dans ce dernier cas, doit-il être fait double? Cela devroit être suivant les lois civiles. (*C. C., art.* 1325). Mais j'ai peine à croire que l'on prononçât la nullité sur ce seul motif. Dans le commerce, tout se juge *ex æquo et bono.*

Remarquez, par la même raison, que l'écrit est exigé ici seulement pour la preuve, et non pour la solennité, c'est-à-dire que, si le contrat est dénié, on ne peut le prouver par témoins; mais que, s'il est prouvé de toute autre manière, par exemple, par l'aveu ou les livres des parties, il doit être exécuté. Nous avons déjà fait observer que, pour les petits bâtimens qui ne font que de très-courts voyages, on n'exige pas de charte-partie. On remet au patron une facture de chargement; ou, si

l'expédition est adressée à un tiers, on lui remet une lettre de voiture pour ce tiers, laquelle sert de titre à toutes les parties. Voir, à ce sujet, l'article 101 du Code.

(2) C'est ordinairement quinze jours, que l'on appelle *jours de planche*. Quand ils sont expirés, le capitaine peut, ou attendre encore, et demander des dommages-intérêts pour le retard, ou partir de suite; dans ce dernier cas, s'il part à non-charge, il peut demander le fret entier, ou la moitié, suivant les circonstances; (*art.* 288).

Réciproquement, après le même délai, les chargeurs peuvent exiger que le capitaine parte, ou qu'il leur paie des dommages-intérêts : ils pourroient même, s'il y avoit lieu, demander la résolution de la charte-partie, avec dommages-intérêts.

(3) Outre le fret, il est d'usage de stipuler une somme modique, que l'on appelle *le chapeau du capitaine*. Mais il faut pour cela une stipulation expresse. Quand cette stipulation existe, le capitaine en profite seul, sans être obligé d'en compter aux propriétaires, pourvu, toutefois, que la somme soit modique, et conforme à l'usage. Mais est-il obligé d'en compter à son équipage, quand il navigue à profit commun sur le fret? VALIN, sur l'art. 3, *des chartes-parties*, est d'avis de la négative. ÉMÉRIGON, (*des assur.*, *chap.* 13. *sect.* 5, § 5), est d'avis contraire, et je partagerois volontiers son opinion, d'après l'art. 1847 du Code civil.

(4) C'est ce qu'on appelle, en termes de marine, *frais de surestarie*.

Au surplus, les parties peuvent insérer dans ce contrat toutes les autres conditions qu'elles jugent convenables, pourvu qu'elles ne soient contraires, ni aux lois, ni aux bonnes mœurs, ni à l'essence du contrat.

(5) *Un contrat synallagmatique*, parfait. L'action du fréteur et celle de l'affréteur, sont toutes deux principales et naissent en même temps, et immédiatement, du contrat (Voyez ci-dessus la note 4 de la page 11).

Page 183.

(1) *Respectivement affectés*, c'est-à-dire que le navire, les agrès, les apparaux et le fret, sont affectés à l'exécution de l'engagement de la part du fréteur ; et le chargement, à l'exécution de l'engagement de la part de l'affréteur, et, cela, de plein droit, et sans stipulation. Mais remarquez cependant qu'il faut distinguer, quant aux droits de l'affréteur : s'il réclame des dommages-intérêts pour défaut de délivrance des marchandises, ou pour avaries souffertes par la faute du capitaine ou de l'équipage, il a sur le navire, non-seulement un droit d'affectation, mais encore un privilége (*art.* 191, *n°* 11). Mais, si c'est pour refus de chargement, ou pour départ tardif ou précipité, il a toujours un droit sur le navire, comme tous les créanciers du propriétaire; mais il n'a plus de privilége.

(2) *D'autres marchandises*, même à lui appartenant. Mais POTHIER, de *la charte-partie*, *n°* 20, prétend que le capitaine peut exiger, dans ce cas, que l'affréteur charge assez de marchandises pour répondre du fret. Cela paroît juste, et pourroit être fondé, au moins par analogie, sur l'art. 1752 du Code Civil.

(3) Même à son insu.

(4) L'article 27 de l'Ordonnance, titre *du fret*, défendoit à celui qui avoit affrété un navire, de le sous-fréter à un prix plus haut que celui qu'il payoit lui-même. Cette disposition avoit pour but d'empêcher le monopole de ceux qui accaparoient les navires, pour rançon-

ner ensuite les chargeurs. Auroit-elle encore lieu aujourd'hui? Je ne le pense pas ; ou au moins faudroit-il distinguer : si le sous-affrétement avoit lieu pour la totalité du navire, et à un seul individu, peut-être devroit-on présumer le monopole, et appliquer les dispositions de l'Ordonnance. Mais si le sous-affrétement n'étoit que partiel, ou si, étant total, il étoit fait à différens individus, et pour une partie à chacun, alors il semble que cela pourroit rentrer dans la classe des spéculations maritimes, et qu'on devroit assimiler le premier affréteur à un principal locataire, qui peut retirer des sous-locations un bénéfice licite, en raison de la garantie dont il est chargé envers le propriétaire.

Page 184.

(1) Par conséquent, si le navire est en route, le capitaine ne peut les faire mettre à terre dans un port de relâche. Si cependant il en résultoit une surcharge dangereuse pour le bâtiment, il n'y a pas de doute que le capitaine ne puisse les mettre à terre au premier port, et même les jeter à la mer, en remplissant les formalités requises pour le jet, et bien entendu sans qu'il y ait lieu pour cela à contribution. Mais il ne doit prendre ce parti qu'à la dernière extrémité, et faire tout ce qu'il pourra pour les mener au premier port, et là, les consigner ès mains de personnes solvables.

(2) Lorsque le navire a été frété en totalité, et que l'affréteur nomme le capitaine, comme cela a lieu ordinairement dans ce cas, il est clair que le fréteur est déchargé de toute responsabilité pour le transport des marchandises.

(3) *Secùs*, si c'est avec d'autres pays, quand même la navigation en seroit devenue plus dangereuse; comme si, par exemple, un navire étant frété en France pour l'Espagne, la guerre s'allumoit entre la France et l'An-

gleterre. Cependant un arrêt du Conseil du 20 mai 1744, a annullé des chartes-parties de navires frétés pour la pêche de la morue, et ce, à cause de la déclaration de guerre faite à l'Angleterre. Mais ÉMÉRIGON (*des assur.*, *chap.* 12, *sect.* 51, § 2), prétend que cet arrêt ne doit point être tiré à conséquence; que la guerre est un événement que les parties ont pu prévoir, et qu'elle ne peut les décharger de leurs obligations respectives. On peut ajouter qu'il n'en est pas du cas dans lequel a été rendu l'arrêt du Conseil, comme d'un affrétement pour aller d'un port à un autre port. Dans la pêche des morues, le bâtiment est exposé aux dangers de l'ennemi, non-seulement pendant le voyage, mais encore pendant le séjour nécessité par la pêche; ce qui n'a pas lieu dans les voyages ordinaires. On a donc pu prendre, pour ce cas, une mesure particulière.

(4) C'est une force majeure dont personne ne peut être tenu. Chacun doit donc supporter la perte qui en résulte pour sa chose.

(5) C'est encore un cas fortuit, qui doit tomber également sur le capitaine et le chargeur. En conséquence, le chargeur perd le fret de l'aller, puisqu'il est obligé de le payer, sans que ses marchandises soient transportées; et le capitaine perd, de son côté, le fret du retour.

Quid, si, dans ce cas, le navire et le chargement sont assurés? L'assureur du chargement est tenu du fret de l'aller. C'est une avarie pour le chargeur, puisqu'il l'a payé inutilement. Quant à celui sur le navire, il est tenu du salaire et de la nourriture de l'équipage, déduction faite du fret de l'aller, dont le navire a profité. (ÉMÉRIGON, *des assur.*, *chap.* 12, *sect.* 51, § 1).

(6) *Quand même :* ces mots font voir que la même disposition auroit lieu, à plus forte raison, si le navire n'avoit été frété que pour l'aller.

Page 185.

(1) Appliquez ici la distinction que nous avons faite dans la note 2 de la page précédente, pour le cas où le navire a été frété en totalité.

(2) *Voyez* l'Ordonnance de la Marine, livre 3, titre 3.

Page 186.

(1) *A tous créanciers*, même au propriétaire des marchandises, si elles avoient été volées: leur valeur est censée augmentée par l'effet du transport, dont le fret est le prix.

Mais quel seroit l'ordre des priviléges sur le chargement? EMÉRIGON, (*des contrats à la grosse*, *chap.* 12, *sect.* 5), met au premier rang les frais de déchargement, voiture, et magasinage; il les préfère même au fret. J'aurois de la peine à être de son avis, d'après notre article, au moins pour ce qui concerne les frais de décharge et de voiture. Je crois cependant qu'on pourroit les faire concourir avec le fret et les avaries; ils font en quelque sorte partie du transport. Quant aux frais de magasinage, l'opinion d'EMÉRIGON me paroît juste; le propriétaire du magasin est saisi; le chargement est regardé comme passé en main tierce.

Après le fret, EMÉRIGON place au troisième rang, les fournitures faites pendant le voyage pour sauver ou réparer les marchandises;

Au quatrième, les donneurs à la grosse, avant le départ;

Au cinquième et dernier, les donneurs à la grosse, pendant le voyage, si leurs deniers ont servi à augmenter le chargement. Car, s'ils ont été employés à le sauver, leur privilége est au troisième rang.

(2) Mais observez que ce privilége s'èxerce connoissement par connoissement, c'est-à-dire que le privilége pour le fret des objets portés dans un même connoissement, s'exerce collectivement sur tous lesdits objets, quand même le prix du fret seroit différent; au lieu que, s'il y a plusieurs connoissemens, le privilége pour le fret s'exerce privativement et séparément sur les objets contenus dans chaque connoissement, quand même le fret seroit au même taux. Une espèce fera mieux concevoir cette différence.

Pierre a chargé des indigos et des sucres sur le même navire. Le fret est, pour les deux objets, à 10 fr. le quintal, ou bien, il est à 10 fr. pour les sucres, et à 12 pour les indigos. Le navire arrivé, le capitaine remet le chargement au consignataire, sans exiger le fret. Le consignataire vend et livre les indigos avant la quinzaine. On demande comment le capitaine exercera son privilége? On répond, qu'il faut distinguer si les indigos et les sucres ont été compris dans le même connoissement, ou dans des connoissemens séparés. Dans le premier cas, le privilége pour le fret de chacun des objets, frappe sur la totalité desdits objets; et comme il est *totum in toto, et totum in quâlibet parte*, il en résulte que le capitaine pourra exercer son action sur les sucres, pour tout ce qui lui est dû, même pour le fret des indigos. Dans le deuxième cas, au contraire, son privilége ne frappe sur les sucres, que pour le fret des sucres; et il n'a qu'une simple action personnelle pour le fret des indigos. (VALIN, *sur l'art.* 24 *du fret*).

(3) *Pendant quinzaine.* Après quinzaine, il n'a plus de privilége; mais il a toujours action, sauf la prescription réglée par l'art. 433. Mais remarquez qu'en saisissant dans la quinzaine, il perpétue son privilége. *Actiones tempore inclusæ, litis contestatione perpetuantur.*

(4) Ainsi il paroît que la simple vente ne suffiroit pas pour détruire le privilége, mais qu'il faut encore la livraison, ou, comme dit l'article, *le changement de main*; ce qui d'ailleurs est conforme au principe posé dans l'art. 1141 du Code Civil.

(5) *Toute action*. Il en seroit autrement, si le fret étoit demandé par voie d'exception, par exemple : si le capitaine a vendu en route une partie des marchandises appartenantes à un chargeur, et qu'il soit dû un fret pour le surplus; à quelqu'époque que le chargeur forme sa demande en remboursement du prix des marchandises vendues, le capitaine peut opposer la compensation avec le fret, suivant cette règle : *temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum.* D'ailleurs la compensation qui a eu lieu de plein droit, a éteint les deux dettes jusqu'à due concurrence.

(6) *Quelque dépréciées ou détériorées qu'elles soient*. La dépréciation est une diminution de prix, résultant des circonstances, et indépendante de l'état de la chose. La détérioration est un accident survenu à la chose, qui en altère la substance ou la qualité. Une chose ne peut guère être détériorée, sans être dépréciée. Elle peut fort bien être dépréciée, sans être détériorée. Exemple : Je tire des sucres d'Amérique en temps de guerre maritime. Je paie en conséquence le fret et l'assurance à haut prix. Pendant le voyage, la paix se conclut; tellement qu'au moment de l'arrivée, le prix des sucres, en France, est inférieur à celui auquel me reviennent les miens, abstraction faite même de tout bénéfice. Dans ce cas, l'on dira que mes sucres sont dépréciés, quoiqu'ils ne soient pas pour cela détériorés.

(7) *Même par cas fortuit*, à plus forte raison, si c'est par le vice propre de la chose.

Page 187.

(1) Cet article n'est susceptible d'aucune difficulté pour le cas où les marchandises sont dépréciées, ou détériorées par leur vice propre. Mais il faut avouer que, pour le cas où elles sont détériorées par cas fortuit, il contient des dispositions qu'il paroît, au premier coup d'œil, assez difficile de concilier. D'abord, on voit par l'art. 302, qu'il n'est dû aucun fret pour les marchandises perdues par naufrage, prise, ou pillage, et que le capitaine est même tenu de restituer le fret avancé. Or, il paroîtroit conséquent à ce principe, que, si les marchandises sont détériorées par cas fortuit, au point de n'avoir plus aucune valeur, le chargeur fût dispensé également d'en payer le fret, ou au moins qu'il pût se libérer en abandonnant le chargement.

De l'autre côté, en admettant le principe contraire, pourquoi permet-on au chargeur de faire l'abandon, lorsque le chargement consiste en liquides qui ont coulé? Pothier, *de la charte-partie*, *n°* 59 *et* 60, tâche de justifier ces diverses dispositions, qui étoient les mêmes dans l'Ordonnance, art. 25 et 26 *du fret*, en disant que le fret est le prix du transport : qu'il n'est donc dû, que sous la condition que le transport sera effectué, *quatenùs munere vehendi functus fuerit magister*. Dans le cas de naufrage, perte, ou pillage, le transport n'a pas été effectué. Or, l'obligation de payer le fret étant supposée conditionnelle, il suffit que la condition n'ait pas existé, pour que le fret ne soit pas dû : comme aussi, il suffit que les marchandises aient été transportées, pour que le capitaine puisse réclamer le fret, quelque soit d'ailleurs l'état dans lequel se trouve le chargement, pourvu que ce ne soit pas par la faute de l'équipage.

Quant à l'exception établie pour le cas où des futailles remplies de liquides, se trouvent vides ou à-peu-près, Pothier ajoute que, dans les transports de

liquides, c'est le liquide, qui est la chose principale; c'est le liquide qui a été donné à transporter; la futaille n'est que l'accessoire. Si donc la futaille est vide, il est certain que la chose n'a pas été transportée; c'est comme si elle eût péri en route. La condition sous laquelle le fret est dû, n'a donc pas existé. Cependant, comme les futailles ont été transportées, on doit au moins en faire l'abandon.

Telles sont les raisons données par POTHIER, et qui sont effectivement les seules propres à justifier ces diverses dispositions.

Mais en seroit-il de même, si le coulage avoit eu lieu par le vice de la chose, par exemple, par le mauvais état des futailles? Il paroît qu'oui, d'après la manière dont l'article est rédigé; et ce, contre l'avis de POTHIER, *ibid.* D'abord, il est dit au commencement de l'article, que « les marchandises dépréciées ou dé« tériorées ne peuvent être abandonnées pour le fret, « soit que l'accident provienne d'un cas fortuit, ou du « vice de la chose. » Ensuite, l'article ajoute, *si toutefois*, ce qui indique une exception au principe précédent, tel qu'il est posé. Or, il est posé de manière à embrasser les deux cas. Il paroît donc en résulter, que la disposition relative aux liquides doit être appliquée, quand même le coulage auroit eu lieu par le vice de la chose: et l'on peut en donner cette raison, que le capitaine doit s'assurer, avant de charger, du bon état des futailles, et qu'il est, en conséquence, non recevable à prétendre qu'elles étoient en mauvais état au départ.

Cela paroît avoir été décidé ainsi par un décret du 6 juin 1807, rapporté dans SIREY, 1816, 2[e] P., p. 267.

Quid, si quelques-unes des futailles sont vides, et que les autres soient pleines, le chargeur est-il tenu d'abandonner la totalité, ou peut-il abandonner seulement les futailles vides, et se faire décharger du fret à proportion? POTHIER, n° 60, prétend que l'usage est pour le dernier avis; et l'article paroît favoriser cette opinion,

en se servant de l'article *des*, qui est partitif c'est-à-dire qui désigne ordinairement une partie d'un tout. Peut-être pourroit-on distinguer si le tout a été compris dans le même connoissement, ou dans des connoissemens séparés, et décider que les objets compris dans le même connoissement doivent être abandonnés en totalité.

Au surplus, de ce que l'article n'a prévu que le cas où les futailles seroient vides, il faut en conclure que, dans tout autre cas, l'abandon ne pourroit avoir lieu, dans quelque état que se trouvassent d'ailleurs les liquides, *putà* du vin qui auroit tourné; de l'huile qui seroit devenue rance, etc.

(2) Le capitaine, avant de pouvoir exiger son paiement, est tenu d'extraire les marchandises de son navire, et de les livrer à quai. Il ne peut donc les retenir dans le navire jusqu'au paiement.

(3) Et le tribunal du lieu est compétent pour connoître des contestations relatives à ces deux objets.

(4) Mais, si le connoissement est à ordre, le capitaine ne peut connoître celui au profit duquel l'ordre se trouve passé. Je crois que, dans ce cas, pour qu'on puisse faire l'application de l'article, il suffit que le consignataire porté au connoissement refuse, et que personne ne se présente avec son ordre.

Quid, si le connoissement est au porteur? Je pense qu'il y a refus, par cela seul qu'il ne se présente personne.

(5) *Refuse*, quelle que soit la cause du refus. Si cependant il étoit fondé sur le mauvais état des marchandises, et que le consignataire prétendît que l'avarie est du fait du maître ou de l'équipage, le juge doit, avant faire droit, ordonner une visite: (*art.* 106). Les frais de visite et de retard sont supportés par celui qui a tort en définitif. (*Argum. tiré de l'art. 1716 du Code Civil*).

Observez 1° qu'il faut constater le refus ; ce qui ne peut être fait que par une sommation : et comme, d'un autre côté, il faut l'autorisation de justice pour vendre, et que cette autorisation ne doit être accordée que parties présentes ou appelées, le capitaine fera bien, par l'acte même de sommation, d'assigner le consignataire, s'il le connoît, pour voir dire que, faute par lui de recevoir les objets, il sera autorisé à faire vendre.

2° Que l'autorisation doit être accordée en France, par le Tribunal de Commerce ; et chez l'étranger, par le Consul français, ou, à défaut, par le magistrat du lieu.

(6) Il n'en est pas ici, comme du cas où le chargeur à cueillette retire ses marchandises avant le départ ; il ne ne doit alors que le demi-fret, (*art.* 291). La raison de différence, c'est qu'il est ordinairement moins aisé au capitaine de trouver des retours, qu'un chargement au départ.

(7) *Quid*, si le chargement est complet, quoique l'affréteur n'y ait pas concouru, *putà*, si le capitaine a chargé lui-même des marchandises ? L'affréteur ne doit pas moins le fret entier, sauf à se faire tenir compte du fret des marchandises chargées pour complément. Le capitaine est censé, dans ce cas, son mandataire ou son facteur.

Page 188.

(1) Le retard peut venir de la part de l'affréteur, savoir : au départ, si, par exemple, il a voulu embarquer des marchandises prohibées, ce qui a occasioné l'arrêt du navire : dans la route, si en temps de guerre, il a chargé des objets dits *de contrebande de guerre*, à la destination d'un port appartenant à une des puissances belligérantes : enfin à la décharge, s'il a chargé des marchandises, dont l'entrée est prohibée dans le

pays pour lequel le navire est destiné. Dans tous ces cas, l'affréteur doit les frais de retard, même sans recours contre son assureur, sauf ce qui sera dit au titre *des Assurances*, relativement aux objets de contrebande. Il est au surplus bien entendu que ces dispositions n'ont lieu qu'autant que l'affrétement est au voyage; car s'il est au mois, la peine du retard résulte du retard même, puisqu'alors l'affréteur est obligé de payer le fret pendant un plus long intervalle.

Le retard peut venir du fait du capitaine, savoir: au départ, s'il attend au delà du terme fixé; s'il ne s'est pas fait délivrer assez tôt ses expéditions: en route, s'il fait échelle sans nécessité; s'il est arrêté, faute par lui de s'être muni des papiers nécessaires pour légitimer sa navigation: enfin à la décharge, s'il n'a pas rempli de suite les formalités requises par les lois du pays, pour être autorisé à décharger. Dans tous ces cas, le capitaine doit les dommages-intérêts à l'affréteur; ce qui comprend, non-seulement le préjudice que le retard lui a causé dans la vente de ses marchandises et la rentrée de ses fonds, mais encore l'indemnité des avaries que le chargement a pu éprouver, par suite du retard.

(2) *Pendant le voyage. Secùs*, si c'est avant le départ. Car, ou le radoub provient du mauvais état du navire; et alors l'affréteur peut, non-seulement charger dans un autre bâtiment, mais encore exiger des dommages-intérêts du capitaine: ou le radoub provient d'un cas fortuit; et alors le chargeur peut retirer ses marchandises, en payant le fret ou le demi-fret, suivant les circonstances: (*art.* 288 *et* 291).

(3) *Quid*, si, pour radouber le navire, on est obligé de décharger, aux frais de qui seront la décharge et le rechargement? Aux frais du chargeur, dit VALIN, sur l'art. 11, *du fret*, et avec raison; dès qu'il y a cas fortuit, sans aucune faute de la part de qui que ce soit, tout devient avarie simple.

(4) Sauf son recours contre son assureur.

(5) *Est tenu.* Quoique l'Ordonnance se servît à peu près de la même expression, cependant VALIN, *ibid.*, pensoit qu'il ne falloit pas prendre cela à la lettre ; que c'étoit seulement une faculté accordée au capitaine, lorsqu'il vouloit gagner le fret entier ; mais que, s'il vouloit se contenter d'une partie du fret proportionnée à l'avancement du voyage, il pouvoit se dispenser de fréter un autre bâtiment. Je ne puis partager cette opinion. Elle est trop formellement contraire au texte de notre article, et du 391°. On oppose, à la vérité, l'art. 303. Mais il faut bien prendre garde que ce dernier article avoit à décider seulement quel étoit le droit du capitaine, relativement au paiement du fret, lorsque le navire et les marchandises étoient rachetés : et il décide, comme notre art. 296, que le capitaine n'est payé du fret entier, qu'en conduisant les marchandises au lieu de la destination. Mais ce même article 303 n'examine en aucune manière la question de savoir si le capitaine est obligé, ou non, de louer un autre navire. Il faut donc chercher la solution de cette question, dans d'autres articles ; et ce ne peut être que dans les 296e et 391e. C'est aussi l'avis d'ÉMÉRIGON, (*des assur.*, *chap.* 12, *sect.* 16, §, 6). Et, en effet, en l'absence du chargeur, le capitaine est son mandataire : il est tenu de faire tout ce qui dépend de lui pour le succès de l'opération.

Mais *quid*, si le capitaine n'a pu trouver à fréter qu'à un prix proportionnellement plus élevé que celui accordé primitivement par le chargeur : par exemple, il a frété à 10 fr. le quintal. Au moment où le navire est déclaré innavigable, le voyage est à moitié. Il trouve un autre navire à affréter, mais seulement à 6 fr. le quintal ; ne pourra-t-il toujours que demander 10 fr. au chargeur, ou pourra-t-il en exiger 11 ? L'article 393 décide la question en faveur du capitaine, puisqu'il met, dans ce cas, l'excédant de fret à la charge des assureurs du charge-

ment, et par conséquent à la charge des propriétaires des marchandises. Et en effet, il s'agit ici d'un cas fortuit, dont le capitaine ne peut être tenu. C'est bien assez qu'il perde son navire ; d'ailleurs nous avons dit que c'étoit comme mandataire du chargeur, qu'il étoit tenu de louer un autre navire. Il a donc l'action contraire du mandat, *quatenùs sibi abest ex causâ mandati.*

Page 189.

(1) Et ce, quand même le capitaine allégueroit avoir ignoré le vice ; il ne devoit pas l'ignorer. D'ailleurs, il est tenu de fournir un bon navire ; le contrat est censé fait sous cette condition. Si elle manque, il en devient responsable. C'est l'avis de VALIN, sur l'art. 12 *du fret*, et qui paroît conforme à la doctrine du Code Civil. (*Art.* 1721).

Mais quelle sera, dans ce cas, l'obligation des assureurs ? D'abord les assureurs sur le navire ne sont pas tenus, *art.* 352. Les assureurs sur le chargement le seroient-ils davantage ? Je ne le pense pas ; il n'y a pas là fortune de mer. Cependant s'ils avoient pris sur eux la baraterie de patron, je pense qu'ils seroient tenus, sauf leur recours contre le capitaine, le navire, et le fret.

(2) Si toutefois le navire a été visité avant le départ, conformément à l'art. 225. Autrement, le vice du navire est présumé, et le capitaine est responsable de tous les événemens envers l'affréteur. (*art.* 228.)

(3) Parce que la visite ne porte que sur les parties extérieures du bâtiment ; elle ne peut servir à découvrir les vices intérieurs ou cachés, puisqu'on ne le dévaigre pas ; et d'ailleurs cette visite ne se fait pas contradictoirement avec l'affréteur.

(4) L'indemnité sera des frais de retard, s'il tarde à

charger, ou du demi-fret, s'il ne charge pas du tout. Si cependant il s'agissoit de marchandises de nature telle qu'elles n'eussent pu se conserver pendant tout le temps de l'arrêt, il faut dire que, dans ce cas, l'arrêt a eu, à l'égard du chargeur, le même effet qu'une interdiction absolue; et je pense avec VALIN, sur l'art. 9 *des chartes-parties*, que la charte-partie seroit résolue sans dommages-intérêts de part ni d'autre.

(5) Il faut distinguer avec soin l'arrêt, de la prise. « La prise a lieu, dit *le Guidon de la mer*, lorsque le « Prince s'empare du navire dans un esprit de déprédation, et uniquement dans l'intention d'en dépouiller « le propriétaire : et l'arrêt, lorsque le prince arrête le « navire pour tout autre motif; par exemple, s'il en a « besoin pour une opération; s'il ne veut permettre la « sortie qu'en flotte; s'il a besoin de tout ou partie des « marchandises du chargement, *putà* de blé, dans un « temps de famine, etc. ». La distinction est importante à l'égard des assureurs, auxquels on peut délaisser de suite, quand il y a simple prise, et seulement après un certain délai quand il y a arrêt. (Voir à ce sujet une consultation d'ÉMÉRIGON, rapportée par VALIN, à la suite de son commentaire sur l'art. 48 *des assurances*).

(6) Par exemple, dans un port de relâche.

(7) *Quid*, s'il s'arrête volontairement, mais par la crainte de la tempête ou de l'ennemi? ÉMÉRIGON, (*des assur.*, *chap.* 12, *sect.* 34, §. 1[er]), pense qu'il en doit être de même.

(8) Cela paroît injuste au premier coup d'œil; car l'arrêt du prince étant une force majeure, dont le capitaine n'est pas responsable, il sembleroit que le fret dût courir. Mais on a considéré *ex æquitate*, qu'il pourroit arriver que le chargeur vît consommer son chargement en frais de navigation, si la détention se prolongeoit; que d'ailleurs, en convenant du fret à tant par mois, il a entendu

parler de mois de navigation réelle, etc. En conséquence, l'on s'est contenté de le faire contribuer à la nourriture et aux loyers de l'équipage. Au surplus, comme nous l'avons dit, l'affrétement au mois est fort rare.

Observez que, de quelque manière que l'affrétement ait eu lieu, les loyers et nourritures des matelots pendant l'arrêt, sont toujours à la charge des assureurs, savoir : des assureurs sur le corps et sur les facultés, si l'affrétement est au mois; et des assureurs sur le corps seulement, s'il est au voyage.

(9) *Et les loyers de l'équipage*, s'il en est dû; ce qui n'a lieu, que quand les matelots sont engagés au mois.

Page 190.

(1) *Une moindre. Secùs*, s'il n'a rien chargé du tout. Car alors il y a rupture de voyage, et l'affréteur ne doit que le demi-fret. La raison de différence, c'est que, quand il n'y a rien de chargé, le maître peut disposer de son navire, comme il juge convenable, aller où il veut, partir quand il veut; ce qui ne peut avoir lieu, quand il y a chargement partiel.

Quid, si le chargement étoit complet, mais sans le fait de l'affréteur ? Je pense qu'il faut distinguer : si le fret payé pour les marchandises qui ont complété le chargement, est égal ou supérieur à celui convenu par l'affréteur, le capitaine n'a rien à réclamer, puisqu'il n'éprouve aucun préjudice. Mais s'il est inférieur, l'affréteur doit la différence.

(2) *Quid*, s'il a chargé quelque chose ? Il faut distinguer : si l'affrétement est à cueillette, il peut retirer ses marchandises en payant le demi-fret, (*art.* 291). Sinon, il doit le fret entier. Nous verrons plus bas la raison de différence.

(3) *A titre d'indemnité*, du retard, et quand même le capitaine éprouveroit un plus grand préjudice. C'est une espèce de forfait; comme aussi, par réciprocité, le demi-fret est irrévocablement acquis au capitaine, quand même il trouveroit par la suite à compléter son chargement.

(4) Et de quelque manière que l'affrétement ait été fait, au tonneau, au quintal, ou à forfait. Mais pourquoi cette disposition n'a-t-elle lieu, que lorsque le chargement est à cueillette? C'est que, dans ce cas, le capitaine n'est pas obligé de partir à jour fixe, mais seulement lorsqu'il a trouvé de quoi compléter son chargement, ou à peu près : il lui est donc plus facile de trouver un autre chargeur. D'ailleurs, le chargement à cueillette est plus onéreux au chargeur, puisqu'il court le risque de faire un chargement inutile. On a établi, par là, une espèce de compensation.

Ainsi, en résumé, voici quel paroît être le résultat des divers articles du Code.

Quand l'affréteur n'a rien chargé, il peut rompre le voyage, en payant le demi-fret, de quelque manière que le navire ait été loué.

Quand il a chargé à cueillette, il peut également retirer ses marchandises en payant le demi-fret, ainsi que les frais de charge, décharge, et déplacement. Si le navire est loué d'une autre manière, il doit le fret entier, et les frais de déplacement seulement.

Mais, dans tous les cas où le demi-fret est dû, le capitaine auroit-il, pour le paiement de cette indemnité, le privilége porté dans l'art. 307? Je ne le pense pas; et c'est aussi l'opinion de VALIN, sur l'art. 24, *du fret*. Ce commentateur en donne pour raison, qu'il s'agit ici d'une indemnité pure et simple, qui ne peut donner qu'une action personnelle, et jamais le *jus in re*. Mais l'on peut ajouter que, quand le transport a été effectué, la valeur de la marchandise transportée est augmentée. Cette augmentation est due uniquement au transport.

On peut donc comparer, dans ce cas, le capitaine, à l'ouvrier qui, par ses travaux, a augmenté la valeur de l'édifice, et qui acquiert, par là, un privilége sur cet édifice. Or, cette raison ne peut s'appliquer au cas où les marchandises sont restées dans le même état et dans le même lieu.

(5) La raison en est simple; c'est qu'ici, on ne peut présumer que le maître trouvera un autre chargement. Mais, aura-t-il pour le paiement de ce fret, le privilége de l'art. 307? D'après les raisons exposées dans la note précédente, je pense qu'il ne l'aura que pour la portion du fret due à raison de l'avancement du voyage. Pour le surplus, c'est une simple action en indemnité, qui est purement personnelle.

(6) Par exemple, si le navire est déclaré innavigable pour cause de vétusté, et que le capitaine n'ait pu trouver à en louer un autre; si le capitaine fait trop souvent échelle, etc.

Page 191.

(1) C'est-à-dire en général, par cas fortuit. *Secùs*, si la perte arrive par le vice propre de la chose. Dans ce cas, le fret entier est dû. (*Art.* 310.)

(2) *Sauf convention contraire.* VALIN, sur l'art. 18 *du fret*, pensoit que cette stipulation ne devoit pas être admise. C'étoit aussi le sentiment de la plupart des auteurs; et il est fondé en raison. Il est même étonnant que l'on n'ait pas aperçu la contradiction qui se rencontre entre cette disposition, et celle de l'art. 347, qui défend de faire assurer le fret non acquis. En effet, cette défense est fondée sur ce que l'on a pensé que, si le capitaine avoit la certitude de gagner son fret, quelque chose qui arrivât, il n'auroit plus d'intérêt à la conservation du chargement, et que, par conséquent, il ne

prendroit plus le même soin pour éviter les accidens. Or, certainement la même raison s'oppose à la stipulation dont il s'agit; car, si le capitaine peut recevoir son fret d'avance, et stipuler qu'il ne sera pas tenu de le rendre, même en cas de perte du chargement, certainement le même inconvénient subsiste; et le capitaine n'a plus aucun intérêt à la conservation des marchandises.

(5) Ce rachat a lieu ordinairement, au moyen d'une lettre de change que le capitaine du bâtiment pris tire sur son armateur, au profit du capteur. Il est fait en outre un acte double, qui contient les conditions du rançonnement, et qui se nomme *billet de rançon* : enfin, il est assez ordinairement d'usage, qu'un des officiers du bâtiment pris, soit donné en ôtage, pour sûreté du paiement.

Mais, si le capteur vient à être pris avec le billet de rançon, par un bâtiment de la même nation que celui qui a été rançonné, on demande, si la rançon appartient au nouveau capteur, comme faisant partie de la prise, ou si le navire rançonné est déchargé de toute obligation ? VALIN, sur l'art. 8, *des prises*, prétend que l'on doit appliquer à ce cas les principes établis pour celui de la recousse, c'est-à-dire, pour le cas d'un navire français, par exemple, pris par un navire anglais, et repris par un navire français. Si la reprise a lieu dans les vingt-quatre heures, le second capteur ne peut prétendre que le tiers du navire repris et de son chargement. Si elle a lieu après les vingt-quatre heures, le tout appartient au second capteur. En conséquence, suivant l'avis de VALIN, si le bâtiment qui a rançonné, est pris lui-même dans les vingt-quatre heures du rachat, le capteur peut prétendre le tiers de la rançon : si c'est après les vingt-quatre heures, il peut l'exiger toute entière.

ÉMÉRIGON, (*des assur.*, *chap.* 12, *sect.* 23, §. 8), n'est pas de cette opinion. Il se fonde sur ce que la prise n'est un moyen d'acquérir, que pour ce que l'on prend réellement; qu'un billet n'est que la preuve d'une obli-

gation, et non l'obligation même; que le billet de rançon n'est qu'un morceau de papier, qui n'est ni le navire racheté, ni la rançon convenue; que les droits du corsaire ennemi se sont évanouis par la prise de son bâtiment, et que ceux du corsaire ami se bornent aux choses qu'il prend et détient réellement; qu'à la vérité, au nombre des choses prises, peut se trouver l'ôtage donné par le bâtiment rançonné; mais qu'il seroit étrange que cet ôtage devînt prisonnier de guerre de ses propres compatriotes; et qu'il doit être comparé à un véritable prisonnier, qui seroit certainement libéré par la prise du bâtiment sur lequel il se trouveroit. Il en conclut que, dans l'espèce proposée, le billet de rançon reste sans valeur, et que l'ôtage recouvre sa liberté, sans que le capteur ennemi puisse rien demander, et sans que le corsaire ami puisse exiger le paiement du billet.

J'avoue que l'opinion d'Émérigon me paroît plus conforme aux principes, et notamment à la disposition de *l'art. 536 du Code Civil*. Car, s'il est vrai, comme le porte formellement cet article, que la vente ou le don d'une maison avec tout ce qui s'y trouve, ne comprend pas les dettes actives dont les titres sont déposés dans la maison, ce ne peut être que par une conséquence du principe que le titre n'est pas l'obligation, qu'il n'en est que la preuve. Or, ce principe s'applique dans toute son étendue au cas d'un billet de rançon trouvé sur un bâtiment capturé. Mais j'avoue aussi, avec Émérigon, que son opinion, vraie en principe général, est néanmoins susceptible de quelques modifications, suivant l'occurrence.

Ainsi, 1°., si, avant d'être pris, le capitaine capteur avoit déposé l'ôtage à terre, et qu'il fût détenu prisonnier, il est certain qu'il faudra bien lui procurer la liberté, quand même le billet de rançon ne seroit pas trouvé sur le bâtiment pris.

2°. S'il y a eu une lettre de change tirée par le capitaine rançonné, et qu'elle ait été négociée au profit d'un

tiers de bonne foi, elle doit être payée par le navire rançonné, quoique l'ôtage ait été trouvé sur le corsaire pris, et soit par conséquent devenu libre.

C'étoit une question dans l'ancien droit, si le bâtiment rançonné pouvoit être pris une seconde fois. VALIN, qui examine cette question au titre *des prises*, art. 19, se prononce pour la négative. Mais l'affirmative a été décidée par l'art. 44 du Règlement déjà cité, du 2 prairial an II. Cet article porte que le bâtiment rançonné peut être pris par un second corsaire, qui devient alors personnellement débiteur de la rançon envers le premier capteur, si mieux il n'aime lui abandonner la prise. Les ôtages sont, dans ce cas, rédimés des charges attachées au titre d'ôtages, et ne sont plus considérés que comme simples prisonniers de guerre.

(4) Il est assez difficile de trouver un cas où le fret ne soit dû que jusqu'au lieu de la prise. En effet, si le navire est emmené par l'ennemi, il n'est dû aucun fret. S'il se rachète, le capitaine est tenu de continuer sa route, à peine de dommages et intérêts. S'il a été donné des marchandises pour le rachat, comme elles sont estimées d'après la valeur qu'elles auroient eue au lieu de la décharge, le fret entier en est dû. (*Argum. tiré de l'art.* 304). On ne peut donc supposer que le cas où, le combat s'étant donné près de la côte, et le navire s'étant trouvé trop maltraité pour continuer sa route, il a été obligé d'entrer dans un port voisin; que là, il a été déclaré innavigable, et qu'il a été impossible au capitaine d'en trouver un autre pour continuer le voyage.

(5) Ce qu'il est obligé de faire autant que possible.

(6) L'ordonnance, art. 20, *du fret*, faisoit contribuer, dans ce cas, le navire et le fret pour la totalité. Mais aussi, elle établissoit une espèce de compensation, en ce qu'elle autorisoit le capitaine à déduire le mon-

tant des victuailles consommées, et des avances faites aux matelots, et qu'elle obligeoit ceux-ci de contribuer, à la décharge du fret, pour ce qui leur restoit dû sur leurs loyers. On a voulu éviter tous ces calculs; et, comme d'ailleurs on excepte les matelots de toute contribution, on a comparé ce cas à celui du jet, et l'on ne fait contribuer le navire et le fret que pour la moitié.

(7) *Au lieu de la décharge*, c'est-à-dire, au lieu où les marchandises sont déchargées pour y rester. Il est possible, en effet, que le navire décharge, attendu son état d'innavigabilité, mais que le capitaine trouve un autre navire pour conduire le chargement à sa destination. Il est évident que, dans ce cas, le port intermédiaire n'est pas le lieu de la décharge, dans le sens de notre article.

(8) *Déduction faite des frais*, c'est-à-dire, du fret. Car, les marchandises étant estimées ce qu'elles valent au lieu de la décharge, elles n'ont cette valeur que parce qu'elles y ont été transportées, c'est-à-dire, parce qu'elles ont payé le fret. Quant aux frais de sauvetage, il ne doit point en être fait déduction, puisque les deux parties y contribuent, savoir, le chargeur, pour la valeur des marchandises au lieu de la décharge, et le capitaine, pour la moitié du navire et du fret.

(9) L'Ordonnance les y assujétissoit, mais à la décharge du fret seulement, c'est-à-dire, que le capitaine contribuoit pour la totalité du navire et du fret, moins les victuailles consommées et les loyers avancés; et qu'il recevoit en déduction la contribution des matelots, à raison de ce qui leur restoit dû sur leurs loyers.

Page 192.

(1) C'est-à-dire, que le montant du fret de ces marchandises sera compris dans la somme, pour la moitié

de laquelle le capitaine doit contribuer au paiement des effets jetés.

Quid, si le navire a péri depuis le jet? S'il n'y a rien de sauvé, comme il n'y a pas lieu à contribution, il est bien certain qu'il n'est pas dû de fret pour les objets jetés. S'il y a des marchandises sauvées, comme il y a contribution, le fret est dû, mais aussi à la charge de contribution.

Quid si, le navire ayant péri depuis le jet avec tout son chargement, les objets jetés ont été recouvrés? VALIN, sur l'art. 13 *du fret*, pense que le fret est dû, à proportion de ce que le voyage étoit avancé lors du jet. Cette opinion paroît assez conforme à l'équité. Mais il me semble qu'il faudroit décider en même temps que le capitaine contribuera, pour ce même fret, avec les propriétaires des marchandises jetées et recouvrées, aux avaries que ces mêmes marchandises ont éprouvées par le jet.

Page 193.

(1) *Voyez l'Ordonnance de la Marine, liv. 3, tit. 5.*

(2) *De la restituer :* en nature, si c'est un corps certain, ou en même qualité et bonté, si c'est une chose fongible.

(3) *Et autres denrées*, qui sont appelées, à cause de cela, *choses fongibles, quia una alterius vice fungitur.*

(4) La pièce de monnaie ne se détruit pas, à la vérité, réellement par l'usage. Mais elle périt toujours pour celui qui s'en sert, ou qui la dépense, *utenti perit.*

Page 195.

(1) Observez, cependant, que dans le contrat à la

grosse, l'on peut prêter non-seulement de l'argent, mais encore des denrées, et en général, toutes sortes de choses fongibles.

Il faut, au surplus, bien prendre garde de confondre le prêt à la grosse avec le contrat, par lequel une personne confie à un marin une certaine quantité de marchandises, pour les vendre à part de profit, et qui restent aux risques du donneur; ce qui s'appelle *donner à pacotille*. Pour les règles de cette espèce de contrat, *voyez* VALIN, sur l'art. 2, *des loyers des matelots*.

Page 196.

(1) *Les agrès et apparaux*, c'est-à-dire les mâts, voiles, cordages, vergues, poulies, et autres ustensiles du navire.

(2) *Sur l'armement*, ce qui comprend les canons, armes, munitions de guerre, les avances faites à l'équipage, et tous les frais faits jusqu'au départ.

(3) *Les victuailles*, ce qui comprend toutes les munitions de bouche.

(4) *Ou sur le chargement*. Cela s'appelle aussi *prêt sur facultés*. Quand le prêt est fait sous cette dernière dénomination, il affecte, non-seulement les objets chargés lors du départ, mais encore ceux chargés pour le compte du preneur pendant le voyage, si toutefois le contrat renferme la clause de faire échelle. Mais il n'affecte pas les retours, à moins que le contrat ne soit d'entrée et de sortie, auquel cas, les retours sont affectés au prêt, pourvu toutefois qu'ils soient chargés sur le navire désigné dans l'acte. (ÉMÉRIGON, *chap.* 5, *sect.* 1re., §. 2).

(5) *Ensemble ou séparément*. Mais remarquez que, dans l'usage, et à moins que le contraire ne résulte

évidemment de la convention ou des circonstances, le prêt sur corps et quille affecte les agrès, apparaux, armement et victuailles, (ÉMÉRIGON, *ibid.* § 1er); ce qui paroît confirmé par la manière dont est rédigé l'art. 320.

(6) *On ne peut emprunter sur le fret à faire, ni sur le profit espéré des marchandises.* Parce que ce seroit mettre le prêteur entièrement à la merci de l'emprunteur, qui n'auroit alors aucun intérêt à la conservation de la chose sur laquelle il a emprunté. Exemple :

Un affréteur charge dans un navire des marchandises valant, au départ, 10,000 fr., et qui, arrivées au port de destination, doivent en valoir 20. Il emprunte 10,000 fr. sur ce chargement, à 15 p. 100 de profit maritime. Il a néanmoins toujours intérêt que le voyage réussisse. Car, en cas d'arrivée à bon port, il sera obligé à la vérité, de rendre les 10,000 fr. de capital, et de payer les 1500 fr. de profit maritime; mais aussi il gagnera les 10,000 fr. de bénéfice à faire sur les marchandises; si, au contraire, le chargement périt, il ne sera, à la vérité, tenu de rendre ni capital ni profit; mais aussi il perdra les 10,000 fr. qu'il auroit gagnés. Si on lui eût permis d'emprunter 20,000 fr., savoir, 10,000 fr. sur la valeur réelle des objets chargés, et 10,000 fr. sur le bénéfice espéré, il est clair qu'il n'auroit plus aucun intérêt à la réussite de l'opération; et qu'il auroit, au contraire, intérêt à ce qu'elle ne réussît pas, puisqu'il seroit sûr, dans ce cas, d'avoir 10,000 fr. de bénéfice, tandis, qu'en supposant l'arrivée à bon port, il seroit tenu de payer le profit maritime sur 20,000 fr.; et que d'ailleurs, il peut y avoir une infinité d'événemens qui l'empêchent de faire sur ses marchandises le profit qu'il espéroit.

On en peut dire autant du fret à faire. Si le capitaine pouvoit emprunter à la grosse sur ce fret, il n'auroit plus d'intérêt à la conservation du chargement, puis-

que, quelque chose qui arrivât, il seroit sûr d'être payé.

Mais remarquez que ce n'est que sur le fret à faire que l'emprunt est prohibé, et non sur le fret acquis, quand même le paiement de ce fret dépendroit de l'événement d'une condition. *Espèce :*

Un capitaine charge, en temps de guerre, à St.-Domingue, des sucres, à 4 sols la livre de fret, rendus au premier port en Europe; et à 5 sols, si le navire arrive à Marseille. L'armateur résidant à Bordeaux, reçoit avis que le navire est entré à Cadix. Il pourroit faire décharger à Cadix, et exiger le fret de 4 sols. Mais il donne ordre d'aller jusqu'à Marseeille. Peut-il en même temps emprunter à la grosse sur le fret qu'il auroit pu exiger à Cadix, ou le faire assurer? Voyez ci-après la note (8) de la page 215.

Mais *quid*, dans cette espèce? Mon navire, au départ, vaut 50,000 fr. Je le frète pour les Indes, moyennant 50,000 fr., payables d'avance et avec la clause que le fret sera acquis à tout événement. Je prends d'un tiers 50,000 fr. à la grosse, sur le corps. Le navire périt. Dois-je tenir compte au prêteur de ce que j'ai reçu pour le fret? ÉMÉRIGON tient l'affirmative, (*des contrats à la grosse*, *chap.* 5, *sect.* 2, §. 1); il ajoute même que je dois, en outre, au prêteur, l'intérêt de terre. Il se fonde probablement sur ce que le contrat à la grosse est nul, attendu que j'ai emprunté sur une chose qui n'étoit pas en risque, puisqu'au moyen du fret payé d'avance, j'avois reçu la valeur de mon navire. Je ne partage son opinion sur aucun de ces deux points. Il est certain que, si mon navire vient à se perdre, je gagnerai, à la vérité, 50,000 fr. de fret. Mais je n'en aurai pas moins perdu mon navire. J'ai donc couru un risque; et cela suffit, pour que le prêt soit valable. D'ailleurs, il est constant que, eu égard à la clause, l'affrétement aura été fait à meilleur marché que si la clause n'eût pas existé. Quant à l'obligation de tenir compte au prêteur, du fret payé d'avance, même stipulé non restituable,

je crois qu'elle ne s'étend qu'au fret que le capitaine auroit pu réclamer, si le paiement d'avance n'eût pas eu lieu, c'est-à-dire, à celui des marchandises sauvées, (*Argument tiré de l'art.* 386). Et, en effet, la convention que le fret sera payé d'avance, et celle qu'il sera acquis à tout événement, sont, à l'égard du prêteur, *res inter alios actæ*. Elles ne peuvent lui nuire ni lui préjudicier. En conséquence, il peut réclamer tout ce qui seroit dû, si ces conventions n'existoient pas; et il ne peut réclamer que cela; or dans ce cas il ne seroit dû que le fret des marchandises sauvées.

L'article défend également d'emprunter à la grosse sur le profit espéré des marchandises. *Secùs*, sur le profit acquis : par exemple, un chargement, de valeur de 30,000 fr., a été assuré en France pour cette somme, à prime liée, aller et retour de St.-Domingue. Le capitaine arrivé à St-Domingue, y vend la cargaison avec un bénéfice tel, que le chargement en retour vaut le double de celui de l'aller. L'armateur peut emprunter à la grosse à St.-Domingue, une nouvelle somme de 30,000 fr. sur l'excédant du chargement, quoiqu'il soit composé du profit fait sur le chargement de l'aller, parce que c'est un profit acquis.

(7) *Sans intérêt.* Il n'est pas dû ici d'intérêt, parce que les deux parties sont en faute. Elles sont en conséquence toutes deux punies : l'emprunteur, par l'obligation de rembourser le capital, quand même il y auroit perte entière; et le prêteur, parce qu'il perd non-seulement le profit maritime, mais encore le simple intérêt de son argent, quand même le navire reviendroit à bon port.

(8) C'est toujours la même raison. La crainte de perdre leurs loyers, attache les matelots à la conservation du navire. S'ils avoient emprunté à la grosse une somme égale à leurs loyers, alors ils n'auroient plus d'intérêt. Mais ce qu'il y a d'étonnant, c'est que l'art. ne stipule aucune peine pour ce cas. L'Ordonnance qui,

(*art.* 5, *des contrats à la grosse aventure*), permettoit ce prêt en présence et du consentement du capitaine, prononçoit, en cas de contravention, la confiscation de la somme, c'est-à-dire, probablement des loyers jusqu'à concurrence, et 50 fr. d'amende, à ce qu'il paroît, contre le prêteur. D'après la manière dont l'article est rédigé, je serois porté à croire que l'on a entendu seulement refuser, dans ce cas, toute action contre les matelots.

Page 197.

(1) Ceci a besoin d'être développé. D'abord ces mots, *s'il n'y a convention contraire*, ne tombent que sur les avaries simples. On ne peut stipuler que le prêteur ne sera pas tenu des avaries communes. Ce seroit détruire le risque, qui est de l'essence du contrat. Cependant on peut le faire à l'égard de l'assureur, par la clause, *franc d'avarie*, sauf quelques cas de sinistre majeur. (*art.* 409). La raison de différence qu'en donnent les auteurs, c'est que les objets affectés au prêt sont devenus en quelque sorte la propriété du prêteur, l'emprunteur étant présumé s'en être dessaisi en sa faveur. Or, l'avarie commune ayant sauvé le chargé, il seroit injuste que le prêteur n'y contribuât pas. Il n'en est pas de même de l'assureur qui est un simple garant, lequel, lorsqu'il a reçu la prime, n'acquiert par l'assurance aucun droit sur les objets assurés, et qui, en conséquence, ne doit être tenu que d'après ses conventions, pourvu toutefois qu'elles ne détruisent pas l'essence de l'acte. Or, il suffit, pour qu'il puisse y avoir assurance, qu'il y ait eu un risque quelconque.

L'article dit que les avaries communes sont à la charge du prêteur, c'est-à-dire, que, si l'avarie est essuyée par l'objet affecté au prêt, le prêteur est tenu d'indemniser l'emprunteur de tout le dommage : mais alors il est subrogé à ses droits dans la contribution. Si l'avarie est

essuyée par d'autres objets que ceux affectés au prêt, le prêteur est obligé de payer, à la décharge de l'emprunteur, la somme pour laquelle ce dernier est tenu de contribuer au paiement de l'avarie, si toutefois la somme prêtée est égale à tout l'intérêt que l'emprunteur a dans le chargement. Si elle est moindre, la contribution est supportée proportionnément entre le prêteur et l'emprunteur, à raison de leurs intérêts respectifs; (*Argument tiré de l'art.* 571). Mais aussi observez que, dans ce cas, l'emprunteur est tenu de rendre la somme empruntée avec le profit maritime convenu. En effet, au moyen de ce que le prêteur paie la part de l'emprunteur dans la contribution, l'avarie est, à l'égard de ce dernier, comme si elle n'existoit pas.

A l'égard des avaries simples, on a changé le droit de l'Ordonnance qui, art. 16, *des contrats à la grosse*, n'assujétissoit le prêteur aux avaries simples, que lorsqu'il y avoit convention expresse. Mais, comme l'observe VALIN sur ledit article, la convention avoit toujours lieu. Le Code n'a donc fait que consacrer l'usage du commerce; d'ailleurs, l'Ordonnance assujétissoit, de droit, l'assureur à l'avarie simple; et il seroit difficile de donner une raison solide de différence.

Quid si, dans le cas d'avarie simple, le prêt à la grosse est inférieur à la valeur de l'objet affecté? Je pense qu'il en est comme du cas de l'avarie commune, et que l'avarie simple est supportée par le prêteur et l'emprunteur, à proportion de leur intérêt.

(2) *Par le vice propre de la chose*, comme si le navire a péri par sa caducité; et ce, quoique la perte ait été l'effet des coups de mer. Les coups de mer sont, dans ce cas, la cause occasionnelle, mais non la cause efficiente du sinistre. Il en est de même, si le vin s'est aigri, si les huiles ont coulé, etc.

(3) *Par le fait de l'emprunteur* : par exemple, si les marchandises ont été confisquées, pour cause de

contrebande. *Quid*, si le cas a été prévu par la police? Il faut distinguer. Les parties peuvent convenir que le prêteur sera tenu de la confiscation prononcée par les lois d'un autre pays; *secùs*, à l'égard de celle ordonnée par les lois françaises. Le principe, *conventio contrà leges non valet*, ne s'applique qu'aux lois du pays des contractans mêmes.

Quid, des dommages causés par le fait du maître ou de l'équipage? Le prêteur n'en est tenu qu'autant qu'il y a stipulation expresse. *Voyez* l'art. 353, qui doit s'appliquer au prêt à la grosse comme à l'assurance, attendu la grande similitude des deux contrats.

(4) Il en est de même de la dépréciation des marchandises, toutes les fois que cette dépréciation résulte d'un événement, autre que ceux dont le prêteur est tenu; si, par exemple, la conclusion de la paix survenue depuis le commencement des risques, a amené une diminution considérable dans le prix de l'objet. Au surplus, pour voir plus en détail l'énumération des divers cas maritimes, *voyez* ci-après au titre *des assurances*, chap. 1er, sect. 2, § 2.

(5) Si donc les marchandises une fois déchargées à terre, sont pillées, incendiées, ces risques ne sont point à la charge du prêteur.

(6) Mais il faut toujours que ce soit des risques maritimes. Autrement, il n'y a pas de prêt à la grosse.

Quid, si le voyage est rompu avant le risque commencé? Il est évident qu'il n'y a plus de prêt à la grosse, puisqu'il manque une des choses qui lui sont essentielles. La somme peut donc être redemandée par l'action appelée chez les Romains, *condictio causâ datâ, causâ non secutâ*. (Cela s'appelle *ristourne*, comme en matière d'assurance). *Quid*, à l'égard des intérêts? Je pense qu'il sont dus au cours de la place. Mais de quand? ÉMÉRIGON (*chap.* 11, *sect.* 5, § 2), prétend que ce

n'est que du jour de la mise en demeure. Cette opinion me paroît contraire à l'équité. Le prêteur peut ignorer pendant long-temps la rupture du voyage, et en conséquence ne pas faire de demande. Il me semble que ce devroit être du jour du prêt. Au surplus, ces dispositions doivent avoir lieu, de quelque manière que le voyage ait été rompu, même par le fait de l'emprunteur. (*Argum. tiré de l'art.* 349.)

Quid, à l'égard du privilége établi par le n.° 9 de l'art. 191, en faveur des prêteurs à la grosse? ne peut-on pas dire qu'il n'a pas lieu ici, puisqu'il n'est établi qu'en faveur des prêteurs à la grosse, et que, dans l'espèce, il n'y a pas de prêt de ce genre? Je pense cependant qu'il suffit que le prêteur ait eu l'intention de prêter à la grosse, pour que le privilége existe. *Nec obstat* ce que nous venons de dire relativement au profit maritime; car ce profit est le prix du risque, et le risque n'ayant point existé, il ne peut y avoir de prix, ni conséquemment de profit; mais le privilége n'est pas le prix du risque; il est la condition sous laquelle le prêteur a consenti à prêter. Il suffit donc que le prêt ait eu lieu, pour que le privilége doive exister.

Quid, si le voyage est rompu après le risque commencé? Par exemple, le navire sort, mais, poursuivi par les ennemis, ou battu de la tempête, il est obligé de rentrer, et ne peut plus sortir, quel sera le droit du prêteur? ÉMÉRIGON, *ibid.*, émet sur ce point une singulière opinion. Il prétend que le contrat est nul, mais que le donneur peut se payer de son capital, du profit maritime, et des accessoires, sur l'universalité des effets affectés au prêt seulement; ce qui est dire que le contrat est valable, et qu'on doit appliquer la disposition de l'art. 327 : ce qui est vrai. Il suffit que le risque soit commencé pour que le contrat soit valable. (*Argum. tiré de l'art.* 351).

Quid, si le prêt a été fait sur facultés, pour l'aller et le retour, et qu'il n'y ait pas de retour? doit-on appliquer la disposition de l'art. 356, et décider, comme

dans le cas de l'assurance, que les deux tiers proportionnels seulement du profit maritime sont dus? VALIN, sur l'art. 15, POTHIER, *ibid.*, n.° 41, et EMÉRIGON, *ibid.*, chap. 8, sect. 1re, § 2, sont de l'avis de l'affirmative. Ce dernier auteur avoue cependant que la jurisprudence est contraire, et que d'ailleurs il faudroit une loi expresse. J'ose n'être pas de l'avis de ces trois jurisconsultes : et je me fonde sur ce que, malgré la grande affinité qui existe entre l'assurance et le prêt à la grosse, il y a toujours cependant une différence essentielle, qui consiste en ce que le prêteur à la grosse avance ses fonds, et ne reçoit rien qu'au retour, tandis que l'assureur n'avance rien, et reçoit au contraire une prime. De-là il suit, que la diminution du tiers de la prime ne cause réellement aucun préjudice à l'assureur, mais seulement diminue son bénéfice. Il ne peut pas raisonnablement dire, qu'il n'auroit pas assuré aux deux tiers, s'il eût cru qu'il n'y eût pas de retour. Car certainement, celui qui assure à 12 pour cent, pour St.-Domingue, aller et retour, auroit assuré, sans difficulté, à 8 pour cent, pour l'aller seulement. D'ailleurs, en assurant pour le compte de l'un, comme il n'y a pas d'avances à faire, il a pu également assurer pour le compte d'un autre.

Il n'en est pas de même du prêteur qui a avancé ses fonds, et qui peut très-raisonnablement dire qu'il ne les a prêtés que parce qu'il a compté sur la totalité du change maritime; que ne pouvant prêter au-delà de ses fonds, le prêt qu'il a fait à l'un, l'a empêché de prêter à tel autre, qui eût chargé en retour, et avec lequel il eût gagné le change entier : que le fait du chargeur ne peut le priver d'un bénéfice dont l'espérance l'a empèché de traiter avec d'autres personnes, etc.

Ces raisons m'empêchent d'adopter l'avis de VALIN et autres.

(7) Et le profit maritime est acquis du moment que le risque est commencé.

(8) *A fait voile.* Donc, s'il n'a pas fait voile, même par le fait de l'emprunteur, le risque n'a pas eu lieu, et il n'est dû que l'intérêt de terre.

Page 198.

(1) *Au port ou lieu de sa destination.* Doit-on entendre par ces mots le port du départ, ou bien celui pour lequel le navire est expédié? ÉMÉRIGON, *ibid*, chap. 8, sect. 1[re], § 1, remarque qu'il seroit plus conforme à la nature du prêt à la grosse, appelé originairement *contrat à retour de voyage*, de décider que l'on doit entendre, *jusqu'au jour du retour du navire au port du départ.* Cependant, il paroît résulter de l'art. 356, que l'assurance ne vaut pour l'aller et retour, qu'autant que la stipulation est expresse à cet égard : et il n'y a pas de motif d'adopter une décision différente, à l'égard du prêt à la grosse.

(2) *A terre*, c'est-à-dire, à quai. Une fois que les marchandises sont à quai, le risque est fini.

Mais le Code ne parle pas du cas où il n'est pas reçu de nouvelles du navire, comme il le fait pour l'assurance dans l'art. 375. Cela étoit inutile, et il n'y a point parité, à cet égard, entre le prêt à la grosse et l'assurance. Dans le prêt, c'est l'emprunteur qui tient, et le prêteur ne peut rien lui demander qu'en justifiant de l'heureux retour du navire. Dans l'assurance, l'assuré ne tient rien; et il ne peut demander qu'en justifiant de la perte. Il a donc fallu fixer le délai, après lequel le défaut de nouvelles devoit faire présumer la perte.

(3) Il en est de même, si le capitaine relâche dans un port, sans y être obligé par fortune de mer, et que le contrat ne renferme pas la permission de faire échelle.

(4) Ainsi, quelque chose qui arrive, la somme prêtée doit lui être rendue avec l'intérêt de terre.

Page 200.

(1) *Est passé*. Ces mots semblent impératifs. Cependant il ne faut pas en conclure qu'un prêt à la grosse ne seroit pas valable, par cela seul qu'il seroit contracté verbalement. Mais comme il ne pourroit être enregistré, il n'auroit pas de privilége : (*art.* 312). S'il étoit dénié, il ne pourroit être prouvé par témoins.

(2) Ou devant le Chancelier du Consulat, en présence de deux témoins. (*Ordonn. de la Marine*, *art.* 25, *des Consuls.*)

(3) *La somme prêtée.* Ce n'est pas que l'on ne puisse à la rigueur donner à la grosse, toute autre chose que de l'argent. Mais il faut toujours que la chose soit fongible, c'est-à-dire, susceptible d'être consommée par l'usage : ou, si elle ne l'est pas, qu'elle soit donnée sous la condition qu'elle sera vendue par le preneur, qui, en cas d'heureux retour, est tenu d'en rendre le prix, avec le profit maritime convenu. Il est évident que, dans ce cas, c'est réellement le prix de la chose, et non la chose elle-même, qui est donné à la grosse.

(4) Pourroit-on convenir qu'en cas d'heureuse arrivée, le prêteur aura, pour profit maritime, une part dans les bénéfices? Oui. Mais ce seroit alors une société, plutôt qu'un prêt à la grosse.

(5) L'Ordonnance n'exigeoit pas cette énonciation. Mais c'étoit le vœu de VALIN, sur l'art. 2, *des contrats à la grosse.* SAVARY, *Parère* 57, étoit d'avis qu'un billet ainsi conçu : *Je paierai tel jour, à un tel, telle somme, valeur reçue à la grosse aventure*, n'étoit

valable, qu'autant qu'il seroit prouvé d'ailleurs qu'il avoit été réellement prêté une somme, pour être employée au radoub de tel navire, ou à l'acquisition de tel chargement.

Mais remarquez qu'il suffit que l'énonciation soit générale, c'est-à-dire, qu'elle désigne si le prêt est fait sur le corps ou sur les facultés de tel navire.

(6) *Pour quel voyage*. Le Code dit : *si le prêt a lieu pour un voyage*. Cette énonciation est inexacte, en ce qu'elle tendroit à faire croire qu'on peut emprunter à la grosse, pour un autre motif que pour un voyage maritime.

(7) Cela prouve que l'on peut stipuler que le temps des risques ne courra pas pour le prêteur, pendant tout le temps du voyage. Ainsi, on peut stipuler que le risque sur un navire partant pour St.-Domingue, n'aura lieu que jusqu'à telle hauteur, ou pendant tel temps. Et, si le navire arrive à la hauteur stipulée, ou si le temps fixé pour le risque est écoulé, sans qu'il soit arrivé aucun accident, l'emprunteur est tenu de restituer le capital avec le profit maritime, quelque chose qui arrive ensuite.

Mais, *quid*, si l'on n'a pas de nouvelles du navire? S'il est prouvé qu'il a péri après le temps des risques, ou après avoir passé la hauteur déterminée ; par exemple, s'il a été rencontré depuis par d'autres bâtimens, alors, comme nous venons de le dire, l'emprunteur est tenu du capital et du profit maritime. S'il n'existe aucune preuve, le navire est censé péri dans le temps et dans le lieu des risques, et l'emprunteur est déchargé : (*Art.* 376). Cet article ne parle à la vérité que du cas de l'assurance ; mais il y a une bien plus forte raison d'en appliquer la disposition au prêt à la grosse. Car, la restitution est stipulée seulement pour le cas où il n'arrivera aucun accident dans le lieu et dans le temps des risques : et comme c'est le prêteur qui est demandeur,

c'est à lui à prouver que la condition est accomplie. Faute par lui de faire cette preuve, il ne peut rien exiger.

(8) *Quid*, si l'emprunteur ne paie pas au temps convenu, et que le profit maritime soit stipulé à tant par mois, ce profit continuera-t-il de courir? Non; ce profit doit cesser avec les risques. L'emprunteur doit seulement l'intérêt de terre, du jour de la demande. Mais doit-il cet intérêt, même sur le profit maritime? POTHIER, (*des contrats à la grosse*, *n*° 51), pense que non, parce qu'alors il y auroit anatocisme. Cela paroît conforme à la décision de l'art. 1154 du Code civil. Cependant, ÉMÉRIGON, qui, dans son traité *des contrats à la grosse*, *chap.* 3, *sect.* 4, § 2, est de cet avis, convient que la jurisprudence est contraire. Mais en même temps, il avoue qu'elle n'est appuyée sur aucune loi, et qu'elle devroit être réformée.

(9) Pourroit-il être fait au porteur? Je le penserois volontiers, par analogie de la disposition finale de l'art. 281, relatif aux connoissemens. Il y a parité de raison. (Jugé pour l'affirmative en cassation, le 27 février 1810); et, dans ce cas, il est également transmissible par la voie de l'endossement.

(10) Et par conséquent, il y a lieu aux mêmes déchéances pour défaut de poursuites.

(11) *A moins de stipulation expresse.* C'est-à-dire, à ce que je pense, que s'il y a heureuse arrivée, et que, par l'effet de circonstances particulières, celui au profit duquel l'acte de prêt a été endossé, ne puisse se faire rembourser ni le capital, ni le profit, il aura recours contre son endosseur, mais seulement pour le capital. Quel est le motif de cette disposition? J'avoue que je n'en vois aucun. *Les motifs* disent que l'endosseur est à la vérité un garant; mais que sa garantie

ne doit pas s'étendre au-delà de ce qu'il a reçu; qu'il n'a reçu que le capital; qu'il ne doit donc garantir que le capital; qu'il seroit injuste de l'obliger à garantir 25 ou 30 pour cent de profit maritime, qu'il ne reçoit pas. Mais il me semble qu'il y a une réponse très-forte à ce raisonnement. L'endossement peut avoir lieu dans le cours du voyage, c'est-à-dire, dans le moment où le risque est commencé. En négociant son billet à la grosse, avant le retour, le prêteur se décharge de tous les risques, qui sont transférés à celui au profit duquel l'endossement est fait. Ainsi, il est vrai de dire qu'il reçoit, non-seulement le capital qu'il a prêté, mais encore la décharge du risque qu'il couroit, de perdre ce capital. Il semble donc qu'il doit garantir le capital, parce qu'il est censé l'avoir reçu du porteur; et qu'il doit garantir le profit, parce que c'est le prix du risque dont il a été déchargé, et que le prêteur a pris sur lui. Au surplus, la loi est faite, il faut s'y tenir. Mais, comme elle permet la stipulation contraire, il est probable qu'elle deviendra de style dans les négociations de billets à la grosse, qui auront lieu avant la fin du risque.

(12) Cette disposition n'existoit pas dans l'Ordonnance. Elle étoit demandée par VALIN, sur l'art. 1er, *des contrats à la grosse*. Elle a pour but de prévenir les fraudes qui pourroient préjudicier à des tiers. Un négociant de mauvaise foi, à la veille de faire faillite, feroit des billets à la grosse, antidatés, au profit de personnes apostées, qui acquerroient par-là un privilége, et se trouveroient préférées aux créanciers légitimes.

Page 201.

(1) Est-ce au donneur à prouver que les objets sont arrivés, ou à l'empunteur à prouver qu'ils sont perdus? C'est au donneur, comme demandeur, à prouver l'événement qui donne lieu à la demande, c'est-à-dire,

l'heureuse arrivée. Au contraire, dans l'assurance, comme l'assuré est demandeur, c'est à lui à prouver la perte. (*Art.* 383.)

(2) Appliquez ici les dispositions des art. 330 à 335; et sur-tout observez qu'il faut que le cas fortuit arrive par fortune de mer.

(3) *Du sinistre.* On entend par ce mot l'événement qui a occasionné la perte. En fait d'assurance, on distingue ordinairement le sinistre majeur, qui comprend tous les cas dans lesquels l'assuré peut faire le délaissement, (*voyez l'art.* 369), et le sinistre ordinaire, qui comprend tous les autres cas fortuits.

(4) Ou l'argent même emprunté, qu'il peut avoir emporté avec lui pour faire des acquisitions en route.

(5) *Quid*, dans cette espèce? Pierre emprunte à la grosse une somme de 3000 fr., sur l'intérêt qu'il a dans le chargement de tel navire. Il charge sur le navire désigné, pour valeur de 6000 fr. Le billet à la grosse contient la permission de faire échelle. Le capitaine, conformément à ses instructions, décharge en route pour 3000 fr. de marchandises. En continuant sa route, le navire périt avec son chargement, l'emprunteur est-il totalement déchargé; ou bien doit-il encore la moitié des 3000 fr., par la raison que la moitié du chargement est sauvée? Cette question a été traitée par VALIN, sur l'art. 36, *des assurances*; par POTHIER, *ibid.*, n° 80, et par ÉMÉRIGON, *des contrats à la grosse*, chap. 12, sect. 2, § 3. Ils sont tous d'avis que, dans l'espèce proposée, le prêteur à la grosse ne peut rien exiger. Ils se fondent sur ce que l'emprunteur et le prêteur n'ont contracté ensemble aucune société : qu'à la vérité, ils ont tous deux couru les risques pour moitié du chargement, jusqu'au lieu de la première décharge; d'où il résulte, en effet, que si, avant cette décharge, la moitié

du chargement eût péri, le prêteur n'auroit perdu que la moitié de la somme : mais que cette espèce de communauté de risques n'étant point l'effet d'une convention, mais seulement du fait que chacun avoit un intérêt égal dans le chargement, doit cesser avec le fait même. Où est la loi, continuent-ils, qui oblige l'emprunteur de continuer cette communauté jusqu'au lieu du dernier reste? Et si rien ne l'y oblige, il a donc pu faire décharger en route une quantité égale à son intérêt, et laisser courir le risque du surplus au prêteur. En un mot, le preneur n'est obligé de mettre des effets en risque que jusqu'à concurrence de la somme empruntée. Il peut sans doute en mettre davantage, et par-là accroître le gage du donneur, et diminuer même éventuellement son risque. Mais, encore une fois, comme cet accroissement ne fait pas partie de la convention, qu'il est purement volontaire de sa part, et qu'il est entièrement étranger au donneur, il ne peut être irrévocable. Le preneur a donc pu décharger, dans le cours du voyage, ce surcroît de marchandises, sans que le donneur puisse s'en plaindre. Aussi, voyons-nous que notre article 329 décide formellement qu'il suffit, pour que l'emprunteur soit totalement libéré, qu'il justifie qu'il y avoit, au moment du sinistre, des effets chargés pour son compte dans le navire, seulement jusqu'à concurrence de la somme empruntée.

Observez que j'ai supposé que l'acte de prêt contenoit la clause *de faire échelle*. Autrement, la relâche volontaire du navire dans un port intermédiaire, auroit déchargé le prêteur de tout risque postérieur.

(6) *S'il est prouvé.* La fraude ne se présume jamais. C'est à celui qui prétend qu'elle existe, à la prouver. (*C. C. art.* 1116.)

Page 202.

(1) L'abus que l'on veut prévenir par-là, est celui-

ci : un homme emprunteroit à la grosse 100,000 fr., ne chargeroit que pour valeur de 50,000 fr., et feroit périr ensuite le chargement, afin de gagner par-là 50,000 fr., en pur bénéfice. Or, nous avons vu qu'il est de principe, en matière de prêt à la grosse, comme en matière d'assurance, que le prêt ne peut jamais être pour l'emprunteur, comme l'assurance pour l'assuré, un moyen de gagner, mais seulement de ne pas perdre.

(2) *Sur la demande du prêteur*, et non de l'emprunteur, qui ne peut arguer de sa propre fraude. *Nemo ex delicto suo debet consequi actionem.* Il résulte de-là, que, dans le cas d'heureuse arrivée, le prêteur se gardera bien de demander la nullité, parce qu'il perdroit le profit maritime, qu'il est en droit d'exiger. Si, au contraire, il y a sinistre, il demandera la nullité, afin de pouvoir exiger le remboursement de son capital qui, sans la fraude de l'emprunteur, se fût trouvé perdu. Comme ici l'emprunteur est supposé en fraude, la loi a mis toutes les chances contre lui.

(3) *La somme totale.* Ainsi le contrat n'est pas même valable jusqu'à concurrence de la valeur du chargement; *secùs*, quand il n'y a pas fraude, comme on va le voir tout-à-l'heure.

(4) *Mais sans profit maritime.* Le profit maritime est le prix du risque. Or, comme le prêteur n'a couru aucun risque, il ne peut réclamer le profit. Mais, dira-t-on, il le réclame bien dans le cas d'heureuse arrivée, où il n'a pas couru davantage de risque. On répond, que ce qui n'est ni allégué ni prouvé, n'est pas censé exister aux yeux de la justice; que dans le cas d'heureuse arrivée, la nullité n'étant pas demandée par le prêteur, et ne pouvant l'être par l'emprunteur, le contrat est censé avoir toujours été valable, et le prêteur toujours assujéti au risque. Dans le cas de sinistre, au contraire, le prêteur fait juger qu'il n'y a jamais eu de contrat à la

grosse, mais un simple prêt : il est donc jugé que le prêteur n'a jamais couru de risque. Or, *res judicata pro veritate habetur*.

Mais le prêteur peut-il, en cas de sinistre, réclamer au moins l'intérêt de terre? ÉMÉRIGON, (*h. tit.*, *chap.* 6, *sect.* 2, § 2), soutient l'affirmative. Il se fonde sur ce que le contrat à la grosse étant déclaré nul, on rentre alors dans le droit commun, qui donne cours à l'intérêt de terre. VALIN, sur l'art. 3, *ibid.*, est d'avis contraire. Le prêteur, dit-il, doit encore s'estimer trop heureux de retrouver son capital qu'il eût perdu, si l'emprunteur eût été de bonne foi. Je serois assez de l'avis de VALIN. En général, les intérêts ne peuvent être dus qu'en vertu de la loi, ou quelquefois, *ex æquitate*, pour réparer un préjudice que le manque de la somme a pu causer au demandeur. Ici, la loi n'ordonne pas le paiement de l'intérêt de terre, comme dans le cas de l'art. 317. Elle se contente de prononcer la nullité du contrat. D'un autre côté, le demandeur ne peut pas dire qu'il a essuyé un préjudice. Au contraire, il gagne dans tous les cas. S'il y a heureux retour, il gagne le profit maritime convenu; s'il y a perte, il gagne son capital qu'il eût perdu.

(5) *De déclarer*. Cette déclaration est exigée, afin que l'on puisse voir s'il n'a pas fait assurer des objets affectés au prêt; ce qui est défendu par l'art. 347 : ou s'il n'a pas emprunté sur des objets assurés. Mais il faut que l'omission soit frauduleuse. Il pourroit se faire que la déclaration ne fût pas exacte, et que cependant il n'y eût pas fraude, comme si l'assurance avoit été faite par commissionnaire, à l'insu de l'emprunteur : si le montant de l'assurance et du prêt réunis n'excédoit pas le total de son intérêt dans le navire, etc.

(6) *Affectés à l'emprunt*, et chargés dans le navire. Car, pour qu'il y ait prêt à la grosse, il faut qu'il y ait risque. Or, il n'y a risque qu'autant que les objets sont

chargés. *Quid*, si le chargement n'a pas eu lieu? Le contrat est annullé, et il y a lieu au ristourne, c'est-à-dire, au remboursement de la somme prêtée, avec l'intérêt de terre seulement; et ce, quand même le défaut de chargement seroit du fait de l'emprunteur. (*Arg. tiré de l'art.* 349.)

(7) Laquelle estimation doit avoir pour base le prix courant des objets au lieu du chargement, et non pas celui qu'ils auroient, en les supposant arrivés à bon port. On ne peut emprunter à la grosse sur le profit espéré. (*art.* 318.)

(8) *Le surplus est remboursé.* Observez 1.°, qu'il n'est pas dit ici, que le contrat peut être déclaré nul, comme dans le cas de fraude, où l'on punit l'emprunteur, en lui refusant le droit de demander la nullité, et en permettant au prêteur de la demander pour le total. Dans l'espèce présente, où il n'y a pas de fraude, la loi prononce la nullité dans l'intérêt des deux parties, qui peuvent toutes deux la demander également; et elle ne la prononce que pour l'excédant.

2.° Que le contrat est annullé pour l'excédant, quoiqu'il n'y ait pas de fraude, parce qu'il est de l'essence du prêt à la grosse qu'il y ait risque pour les deux parties. Dès qu'il y a un point, au-delà duquel le risque n'est plus égal, le contrat n'est valable que jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle le risque est égal.

3.° Que le remboursement de l'excédant a lieu dans tous les cas, soit que le navire arrive à bon port, ou non; dès qu'il n'y a plus qu'un simple prêt, il ne doit plus y avoir de risque pour le prêteur. Mais aussi, en cas d'heureuse arrivée, il ne peut exiger de profit maritime pour cet excédant.

Quid, s'il y a eu plusieurs emprunts successifs sur le même chargement, et qui, tous ensemble, en excédent la valeur? Les plus anciens sont valables, jusqu'à concurrence de la valeur du chargement, par exemple;

il a été fait trois emprunts, l'un de 3000 fr. et les deux autres de 2000 fr. Le chargement n'est que de 3000 fr. : le premier emprunt est valable, et les deux autres sont nuls, ou peuvent être annullés, suivant qu'il y a eu fraude, ou non.

(9) *Avec les intérêts, etc.*, du jour du prêt, et ce, quand même le navire viendroit à se perdre. Cette disposition n'est pas contraire à ce que nous avons décidé ci-dessus, relativement au cas de fraude. Nous avons dit que, dans ce cas, le prêteur ne pouvoit réclamer d'intérêt. Mais il y a cette différence que, dans l'art. 316, comme nous l'avons observé, tout est bénéfice pour le prêteur. Dans le cas de l'art. 317, au contraire, il y a un cas dans lequel le prêteur est en perte, puisque, si le navire arrive à bon port, il ne peut toujours exiger que l'intérêt de terre de l'excédant, moindre certainement que le profit maritime : et c'est pour compenser ce préjudice, que la loi lui accorde le même intérêt, même en cas de sinistre.

Valin, sur l'art. 15 de ce titre, prétend que, si le prêteur a fait assurer son capital, comme il en a le droit, il peut exiger de l'emprunteur, outre les intérêts, le demi pour cent, qu'il est obligé de payer à son assureur, conformément à l'art. 349. Emérigon, (*ibid.*, *chap.* 6, *sect.* 1re, § 3), est du même avis, mais seulement pour le cas où le défaut de chargement ne proviendroit pas de force majeure. Je ne crois pas cependant que l'on doive admettre cette opinion dans aucun cas. La loi accorde l'intérêt de terre sans demande. Je pense que c'est la seule indemnité que le prêteur puisse réclamer.

(10) C'est-à-dire, que, si les objets affectés au prêt ont essuyé un dommage qui les ait réduits à la moitié de leur valeur, le prêteur ne peut exiger que la moitié de la somme prêtée, etc. Mais il faut, comme nous l'avons vu, que la détérioration provienne d'un cas fortuit, et d'un cas fortuit maritime.

Page 203.

(1) *Par exemple :* j'ai ajouté ces mots, parce que le cas de naufrage n'est pas le seul dans lequel on doive appliquer la disposition de l'art. 327. Il en est de même, dans tous les cas désignés par les auteurs sous le nom de sinistres majeurs, et qui sont rapportés dans l'art. 369, c'est-à-dire, la prise, l'échouement avec bris, l'innavigabilité, l'arrêt.

(2) *Quid* si, dans le cas de prêt à la grosse sur facultés, il y a perte du navire, mais que tous les objets affectés au contrat soient sauvés? Il faut distinguer : si les effets sauvés sont chargés sur un autre navire, et qu'ils arrivent à bon port, le prêteur est tenu seulement de la détérioration que la perte et le changement de navire ont pu occasionner, ainsi que de l'excédant de fret : (*Argum. tiré de l'art.* 393). Mais si l'on ne trouve point de navire, le preneur est déchargé de son obligation, en rendant compte, de clerc à maître, des effets sauvés. C'est à-peu-près la même chose, dans ce cas, que le délaissement en fait d'assurance. Il en est de même, lorsque les effets ont été mis à terre, par suite de l'innavigabilité du navire.

Quid, s'il y a simplement avarie? Sera-t-elle imputée sur le capital prêté, à l'effet de diminuer d'autant le profit maritime; ou bien sera-t-elle imputée sur le montant réuni du capital et du profit? *Exemple :*

J'emprunte 3000 fr. à la grosse, au change de 20 pour cent. S'il y a heureuse arrivée, sans avarie, je dois 3600 fr. Il y a pour 600 fr. d'avarie. Ces 600 fr. seront-ils imputés sur la somme totale de 3600 fr., de manière que je sois encore débiteur de 3000 fr.; ou bien seront-ils imputés seulement sur le capital de 3000 fr., qui se trouvera réduit, par-là, à 2400 fr., et le profit maritime à 480 fr.; total 2880 fr.? VALIN. (*h. tit. art.* 16), est du premier avis. Il cite même une sentence de l'Ami-

rauté de Marseille, rendue sur le rapport d'ÉMÉRIGON, qui a jugé dans ce sens; et il donne pour motif de cette opinion, que l'imputation ne doit se faire que du jour que le donneur a été mis en demeure de contribuer; et que par conséquent, jusque-là, le change maritime a continué de courir sur le pied du capital. Je ne puis partager cette opinion. Il est certain que, dans le prêt à la grosse, les objets affectés au prêt représentent formellement la somme prêtée et le profit maritime, tellement, que s'il y a perte entière, il n'est plus rien dû, ni capital, ni profit. Donc, s'il y a seulement perte partielle, elle doit être essuyée, dans la même proportion, par le capital et par le profit. Autrement, si le système de VALIN étoit admis, il faudroit dire, dans notre espèce, que, même après la perte totale du chargement de 3000 fr., le preneur devroit encore 600 fr.; ce qui seroit absurde, et contraire aux principes de la matière. Je pense donc, que les avaries diminuent d'autant, et *ipso jure*, le capital prêté, et par suite le montant des intérêts.

Le même auteur propose la question suivante : J'emprunte 1000 fr. sur mon intérêt dans un navire. Je charge dans ce navire pour 3000 fr. de marchandises. Il en périt les deux tiers en route. Il en est sauvé seulement le tiers. Le prêteur pourra-t-il réclamer la totalité, ou seulement le tiers de son capital ? VALIN, sur l'art. 11, semble décider qu'il peut exiger la totalité, quoique, sur l'art. 17, il paroisse changer d'avis. La raison qui le détermine à rejeter la perte entière sur le preneur, c'est que dans l'art. 18 du même titre, l'Ordonnance prévoit le cas où il y auroit prêt à la grosse, d'une somme moindre que la valeur des objets affectés au prêt, et assurance pour le surplus. Et, dans ce cas, l'Ordonnance préféroit les donneurs, à la vérité pour leur capital seulement. Or, dit-il, indépendamment de ce qu'il seroit contraire à tous les principes de forcer le créancier de venir à contribution avec le débiteur lui-même, sur les biens de ce dernier, il seroit encore plus injuste

d'accorder ce droit au débiteur, lorsque la loi le refuse à l'assureur qui est certainement plus favorable.

L'avis de VALIN devroit-il être suivi encore aujourd'hui, que le Code (*art.* 331), ne donne plus la préférence au donneur sur l'assureur, mais le fait concourir avec lui? Cette raison ne seroit pas suffisante pour justifier une décision contraire; il est vrai que l'assureur représente l'assuré, puisqu'il est sa caution. Mais on ne peut disconvenir, cependant, qu'il ne soit plus favorable. On a pu vouloir favoriser l'assurance, qui est un moyen vivificateur du commerce. Il résulte même *des motifs*, que c'est la seule raison qui a déterminé le Législateur à changer la disposition de l'Ordonnance. Il ne seroit donc pas exact de conclure d'un cas à un autre; et il paroît si extraordinaire, comme on vient de le dire, d'obliger un créancier de venir à contribution avec son propre débiteur, qu'il semble qu'il faudroit un texte formel pour établir une pareille disposition. D'ailleurs, nous avons décidé plus haut, avec tous les auteurs, que, quand la valeur du chargement excède le montant de la somme prêtée, il suffit, pour rejeter la perte entière sur le donneur, qu'il y ait, sur le navire, au moment du sinistre, une quantité de marchandises d'une valeur égale à la somme prêtée, sans que le donneur puisse rien prétendre sur celles qui ont pu être déchargées en route. Or, il semble que, par la même raison, l'on doit décider que, tant qu'il reste dans le navire une quantité d'effets d'une valeur égale à la somme prêtée, ils sont le gage du donneur qui peut réclamer, dans ce cas, la totalité de la somme, sans qu'on puisse lui opposer la perte du surplus.

Enfin, l'art. 327 paroît le décider ainsi d'une manière formelle, puisqu'il dit qu'en cas de naufrage, le paiement des sommes empruntées à la grosse, est réduit à la valeur des effets sauvés et affectés au contrat.

Cependant, malgré toutes ces raisons, je pense que, dans l'espèce, le prêteur ne peut exiger que le tiers de la somme prêtée.



La raison de différence avec l'espèce mentionnée dans la note (5) de la page 201, est que, dans l'espèce de de cette dernière note, la communauté qui existoit entre le donneur et le preneur, n'étant pas l'effet d'une convention, mais d'un fait particulier au preneur, et entièrement étranger au donneur, avoit pu être dissoute sans le consentement de ce dernier. Elle l'avoit été effectivement avant le sinistre. Or, comme aux termes de la loi, il suffit, pour que le donneur ou l'assureur soient tenus de toute la perte, qu'il y ait dans le navire, au moment du sinistre, une quotité d'effets d'une valeur égale à la somme prêtée ou assurée; que, d'ailleurs, le fait de l'excédant de chargement au départ, et celui du déchargement partiel en route, sont, comme nous l'avons dit, entièrement étrangers au donneur, il en résulte que, dans l'espèce de la note (5) de la page 201, le prêteur n'a aucune répétition à exercer comme l'emprunteur.

Mais en est-il de même dans notre espèce? non, sans doute. La communauté a existé. C'est un fait qui n'est pas contesté. Elle pouvoit être dissoute par le fait seul du preneur. Cela est encore avoué; mais elle ne l'a pas été, puisqu'au moment du sinistre, la totalité du chargement étoit encore dans le navire. Il est donc constant que, jusqu'à cette époque, le chargement total étoit aux risques, savoir: du prêteur pour un tiers, et du preneur pour les deux autres tiers. Ce dernier pouvoit, à la vérité, faire cesser son propre risque, en déchargeant en route les deux tiers des effets, ainsi que nous l'avons établi dans la note (5) de la page 201. Mais il ne l'a pas fait. La communauté de risques a donc continué. Il paroît, par conséquent, plus conforme aux principes, de décider que, dans notre espèce, le prêteur ne peut réclamer que le tiers de le somme prêtée.

(3) *Le fret acquis.* Ainsi, quoiqu'on ne puisse emprunter à la grosse sur le fret à faire, le fret acquis n'en

est pas moins le gage du donneur; et avec raison, car il tient lieu de la moins value que le voyage a occasioné au navire. Si donc il y a naufrage, mais que le chargement soit sauvé, l'emprunteur sur corps et quille n'est libéré du prêt, qu'en abandonnant le fret des objets sauvés.

(4) Il résulte bien évidemment de la manière dont l'art 320 est rédigé, que l'assignat sur corps et quille est censé fait également sur les agrès, apparaux, armement et victuailles, sauf stipulation contraire, laquelle n'a point lieu dans l'usage. *Quid* si cependant elle existoit, et qu'il y eût prêt séparé sur le corps et quille, et sur les agrès et apparaux, auquel des deux seroit affecté le fret? Il faut d'abord remarquer que le fret n'est affecté au prêt, que parce qu'il a été gagné par le navire, et qu'il en est l'accessoire. Or, comme les agrès et apparaux sont également nécessaires pour le gain du fret, je pense que le prêteur sur les agrès pourroit réclamer, dans le fret, une quotité égale à la valeur desdits agrès, comparée à celle du navire.

Observez que, lorsqu'il y a concours du prêteur à la grosse avec un assureur, le prêteur n'a privilége que pour son capital, et non pour le profit, ainsi que nous l'allons voir (*Art.* 331).

(5) Et des retours, lorsque le prêt a été fait pour l'aller et le retour. Observez que le donneur est préféré, même à celui qui a vendu le chargement, puisque ce dernier ne peut pas revendiquer, *art.* 577; et qu'il l'est, à plus forte raison, à celui auquel le preneur auroit cédé un intérêt dans le chargement.

Mais ce privilége donne-t-il au prêteur le droit de suite, c'est-à-dire le droit de suivre l'objet dans des mains tierces? Je ne le pense pas. (*Argum. tiré de l'art.* 307.) Ce privilége n'est pas plus favorable que celui du fret.

Remarquez, au surplus, que le privilége existe,

quand même le voyage seroit rompu. Seulement, alors, le donneur ne peut prétendre que l'intérêt de terre, et non le profit maritime. C'est l'avis d'Emérigon, (*h. tit. chap.* 12, *section* 2, § 2) : et cela paroît conforme à la justice. On présume que c'est avec l'argent du donneur que le navire a été radoubé, équipé, etc.

(6) Parce que l'on présume toujours que le dernier prêt a contribué à conserver le gage commun. *Salvam fecit pignoris causam*, L. 6, ff. *qui potiores*. Il faut cependant excepter le cas où il auroit été fait plusieurs prêts avant le départ sur le même chargement. Ils prennent tous la date du départ; en conséquence, ils sont en concours, et nul n'est préféré. On ne peut pas dire que l'un a contribué à conserver le gage de l'autre.

Page 204.

(1) *Quid*, si l'on a quittancé le premier contrat, et que l'on en ait fait un second? Si l'on peut prouver le fait, on appliquera les dispositions de notre article.

(2) Il faut excepter cependant le cas où l'emprunt n'a pas été fait pour les nécessités du navire, mais pour accroître le chargement. Comme on ne peut pas dire alors que *salvam fecit pignoris causam*, il n'est point préféré aux emprunts faits avant le départ, mais il concourt avec eux.

Emérigon, (*h. tit.*, *chap.* 5, *sect.* 3), pense qu'on ne peut emprunter à la grosse, au lieu du départ, sur un navire en route. Il se fonde sur ce que le privilége accordé au prêt à la grosse a eu pour motif l'intérêt du commerce, et la nécessité de procurer aux armateurs les moyens de faire sortir leur navire. Mais une fois, dit-il, que le navire a mis à la voile, l'intérêt public est rempli, et il n'est plus nécessaire d'accorder le privilége, pour encourager une entreprise déjà exé-

cutée. Valin, sur l'art. 16, *de la saisie*, est d'avis contraire. Nous n'avons dans le Code aucune disposition qui prohibe ces sortes d'emprunts ; et tout ce que la loi ne défend pas, est ordinairement permis. D'ailleurs, comme on suppose, sans qu'il soit besoin d'en rapporter aucune preuve, que l'argent emprunté avant le départ, a servi à payer les frais de mise-hors, pourquoi ne supposeroit-on pas également que ceux empruntés depuis le départ, ont servi à rembourser les dépenses faites pour cette même mise-hors? Mais, au surplus, il est bien entendu que ces emprunts sont assimilés à ceux faits avant le départ, et que le privilége des donneurs, dans ce cas, est primé par celui des emprunts qui auroient été faits pendant le voyage pour les nécessités du navire.

(3) Il faut excepter également ici le cas où plusieurs emprunts ont été faits pendant le voyage, mais dans la même échelle. *Par exemple :* un capitaine relâche, forcé par le mauvais état de son navire. Il a besoin de 6,000 francs pour le radouber. Il fait plusieurs emprunts successifs pour compléter cette somme. Il est évident que tous ces emprunts viennent au même rang. Il en est de ce cas, comme des emprunts faits avant le départ.

(4) Mais comme, d'après l'art. 347, on ne peut faire assurer les sommes empruntées à la grosse, c'est-à-dire les objets affectés au paiement desdites sommes, il en résulte que le présent article doit être entendu du cas où le chargeur ayant emprunté une somme moindre que la valeur de son chargement, a fait assurer le surplus.

(5) *Pour son capital seulement.* Dès qu'il est question de partager au marc le franc, c'est qu'il y a déconfiture, par conséquent sinistre, et dès-lors le profit maritime ne peut être demandé.

(6) On a changé, en ceci, la disposition de l'Ordonnance, qui décidoit, dans ce cas, *art.* 18, *des contrats à la grosse*, que le donneur devoit être préféré, pour son capital, à l'assureur. L'Ordonnance se fondoit sur ce que l'assureur ne peut venir participer aux effets sauvés, que comme représentant l'assuré, et par le moyen du délaissement. Or, disoit-on, l'assuré ne peut venir en concours avec le donneur. Car il est contre tous les principes que le débiteur vienne à contribution, sur ses propres biens, avec son créancier. Donc, l'assureur, qui ne peut exercer que les droits de l'assuré, doit être également primé par le donneur. VALIN, sur ledit article, désapprouvoit fortement la disposition de l'Ordonnance, et son opinion a été adoptée, comme on le voit. On regarde, en général, les prêts à la grosse comme presque aussi funestes au commerce, que l'assurance lui est favorable (*motifs.*) On a donc été bien aise de favoriser ce dernier contrat, même au préjudice du premier.

(7) En conséquence, si le prêt à la grosse a été fait pendant le voyage, je pense qu'il doit être préféré, *quià censetur salvam fecisse pignoris causam.*

Page 205.

(1) *Voyez l'Ordonnance de la Marine, liv. 3, tit. 6.*

Je répète ici, ce que j'ai déjà fait observer, qu'il y a la plus grande affinité entre le prêt à la grosse et le contrat d'assurance. Le prêteur peut être comparé à l'assureur, l'emprunteur à l'assuré, et le profit maritime à la prime d'assurance. Aussi les principes établis pour l'un de ces contrats, s'appliquent-ils ordinairement à l'autre, sans difficulté. Il y a cependant deux principales différences.

La première, c'est que la prime est acquise à l'assureur, quoi qu'il arrive, tellement qu'en cas de sinistre,

si la prime n'est pas payée, il peut la déduire du montant de la somme assurée. Dans le même cas, au contraire, le prêteur à la grosse perd la somme prêtée, sans pouvoir réclamer aucun profit.

La seconde, c'est que le prêteur avance la somme, tandis que l'assureur n'avance rien, et reçoit au contraire la prime.

Ce sont ces raisons qui, toutes choses égales d'ailleurs, font que le profit maritime est toujours supérieur à la prime d'assurance.

(2) Cependant il pourroit être regardé comme *réel* sous certain rapport, en ce qu'il faut absolument que le risque soit commencé, pour que le contrat ait lieu, tellement que la rupture du voyage, même par le fait de l'assuré, avant le risque commencé, annulle l'assurance. (*Art.* 349).

Page 207.

(1) *Par fortune de mer.* On a étendu cela au cas où le dommage proviendroit de la faute ou de la prévarication du capitaine ou de l'équipage, si toutefois l'assureur s'est chargé de la *baraterie de patron*, comme cela est d'usage dans les polices.

Page 208.

(1) *Le corps et quille.* Si, dans le cours du voyage, il est fait des dépenses extraordinaires pour le navire, l'armateur peut-il faire assurer ce surcroît? VALIN, *art.* 19, *du capitaine*, et ÉMÉRIGON, *des assur.*, *chap.* 8, *sect.* 6, § 2, sont d'avis de l'affirmative. Si ces dépenses avoient eu pour motif et pour effet d'augmenter la valeur du navire, il n'y a pas de doute que cet excédant ne puisse être l'objet d'une assurance. Mais si elles ont été faites uniquement pour les nécessités du navire, on ne voit pas, d'abord, comment l'at-

mateur pourroit en faire assurer le montant. En effet, si elles sont, comme on doit le supposer, causées par un cas fortuit maritime, elles sont à la charge de l'assureur. Or, il est de principe qu'on ne peut faire assurer que ce que l'on court risque de perdre. Donc, l'assuré qui a droit de répéter ces dépenses contre l'assureur, ne peut en faire l'objet d'une seconde assurance. « Si la « nouvelle dépense, dit ÉMÉRIGON, a eu pour objet « la réparation d'une avarie occasionée par fortune de « mer, elle est à la charge de qui de droit, sans qu'on « puisse la passer en compte pour augmenter la valeur « primitive du navire. Si elle a été faite pour supplé- « ment de victuailles, ou pour réparer les agrès dété- « riorés par le simple usage, elle se prend naturelle- « ment sur le nolis. Dans aucun cas, donc, de pareilles « dépenses ne peuvent devenir l'objet d'une seconde « assurance. » Cependant le même auteur, après ce raisonnement qui, au premier coup d'œil, paroît péremptoire, adopte l'opinion, que les armateurs peuvent faire assurer ce surcroît de dépenses, parce que, dit-il, si l'armateur avoit emprunté à la grosse pour faire ces dépenses, certainement le prêteur pourroit faire assurer la somme prêtée. Or, dans ce cas, dit-il, l'armateur est censé s'être prêté à lui-même. Cette raison ne me paroît pas très-bonne. Car on peut dire que le prêteur pourroit faire assurer, parce qu'il court risque de perdre la somme qu'il a prêtée; et que l'armateur ne le peut pas, parce qu'il ne court aucun risque. La véritable raison qui doit faire adopter l'opinion de VALIN et d'ÉMÉRIGON, c'est que ce surcroît de dépense peut, en cas de sinistre, se trouver aux risques de l'armateur.

Supposons, en effet, un navire de valeur de 40,000 fr., et assuré pour cette somme. Le capitaine est obligé, par fortune de mer, de relâcher en route, et de faire un radoub montant à 6,000 fr. Si le navire arrive à bon port, l'armateur aura, à la vérité, l'action d'avarie contre son assureur, pour être remboursé de ces 6,000 fr. Mais si le vaisseau vient à périr, postérieurement au ra-

doub, certainement l'armateur ne pourra toujours demander à son assureur, que la somme primitive de 40,000 fr. Il sera donc en perte des 6,000 fr. employés au radoub. Or, cette chance suffit pour lui donner le droit de faire assurer.

(2) *Vide ou chargé;* et ce pour deux raisons : la première, c'est que tout ce qui augmente ou diminue les chances heureuses ou malheureuses, doit être connu de l'assureur. Or, un navire chargé va souvent plus mal, ou plus lentement. Il est donc plus long-temps exposé aux coups de mer; il a moins de facilité pour éviter l'ennemi.

La seconde raison, c'est qu'en cas de délaissement, le fret appartient à l'assureur. Il lui importe de savoir s'il en sera dû à la fin du voyage.

(3) *Armé ou non armé.* Il est évident que cela n'est pas indifférent, surtout en temps de guerre.

(4) *Seul ou accompagné.* Il est encore évident qu'un navire court plus de risques, quand il marche seul. Si l'assurance est faite pour un navire marchant sous escorte, et qu'il marche seul volontairement, l'assurance est nulle dans l'intérêt de l'assureur, qui gagne néanmoins la prime, s'il a commencé à courir les risques. *Secùs*, si le navire a été séparé de l'escorte par un coup de vent. Voyez ci-après la note (7) de la page 218.

(5) *Les agrès et apparaux.* Ce qui comprend la chaloupe. (Émérigon, *h. tit.*, *chap.* 10, *sect.* 2, § 4; Valin, sur l'art. 2, *de la saisie des vaisseaux.*)

(6) Il n'y a pas de doute que le prêteur ne puisse faire assurer les sommes qu'il a prêtées, puisqu'il court risque de les perdre.

(7) C'est ce que l'on appelle *assurance sur facul-*

tés. Cette assurance ainsi conçue comprend-elle les marchandises chargées sur le navire pendant le voyage? Non ; à moins que la police ne contienne la clause de faire échelle.

Observez que maintenant on peut faire assurer le chargement en entier. Par l'art. 18 de l'Ordonnance, l'assurance sur facultés ne comprenoit que les neuf dixièmes du chargement, à moins de stipulation contraire : et encore, cette stipulation étoit-elle nulle, d'après l'article 19, lorsque les assurés étoient sur le navire, ou qu'ils en étoient propriétaires. On vouloit qu'ils eussent toujours un intérêt dans le chargement, afin qu'ils missent plus de soin à sa conservation. Le Code n'a pas maintenu cette disposition. On a pensé que le profit à faire sur les marchandises, étoit un motif suffisant pour engager les chargeurs à veiller ou à faire veiller au chargement.

(8) Peut-on faire assurer la liberté des personnes? Oui, puisque c'est une chose estimable à prix d'argent. Si donc la personne dont la liberté a été assurée, est prise par des pirates, les assureurs doivent la somme nécessaire pour sa rançon. *Quid*, si elle vient à s'échapper, ou à être reprise avant le rachat? ÉMÉRIGON, (*h.tit.*, *chap.* 8, *sect.* 2, §§§ 2, 3 *et* 4), prétend qu'il faut distinguer : si l'assurance a été faite pour une somme déterminée, cet auteur pense que la somme est due du moment de la prise, *quia semel extitit conditio;* et que, par conséquent, soit que le captif s'évade, ou soit repris, les assureurs sont tenus de lui payer la somme assurée. Mais s'il n'y a aucune somme spécifiée, il pense que l'obligation de l'assureur devient nulle, attendu l'impossibilité dans l'exécution. Cette opinion d'ÉMÉRIGON me paroît contraire aux principes sous deux rapports. Car, d'abord, il n'est pas exact de dire que, dans le second cas, il y ait impossibilité d'exécution. En effet, quoique l'objet de la convention soit indéterminé, si cependant la convention elle-même contient des bases d'après lesquelles il soit détermi-

nable, la convention est valable. Or, il seroit très-possible de faire arbitrer à quoi reviendroit la rançon d'un captif. En second lieu, je crois que les assureurs ne sont tenus dans l'un ni l'autre cas; et cela, d'après ce principe fondamental en matière d'assurance, que ce contrat ne peut jamais être un objet de bénéfice pour l'assuré, mais seulement un moyen de ne pas perdre. Or, il est évident que, dans l'espèce, l'assurance procureroit à l'assuré un bénéfice certain. On dira peut-être qu'il en est ainsi en cas de prise du navire; que le fait seul de la prise donne lieu à l'action en paiement de la somme assurée, et ce, quand même le navire viendroit à être relâché par la suite. Mais je répondrai que, dans ce cas, l'assuré ne peut agir contre l'assureur qu'en faisant le délaissement de l'objet assuré; d'où il résulte qu'il ne gagne rien, mais seulement qu'il ne perd pas. Je penserois donc, que la somme, même spécifiée, n'est due, qu'autant que le rachat a effectivement lieu.

Peut-on faire assurer la vie des personnes? Cela est permis maintenant, dans le sens que l'on peut se soumettre à payer telle somme, si telle personne vient à mourir avant telle époque, ou survit à telle époque.

(9) Il en est ici comme dans le prêt à la grosse; l'assurance sur le corps est censée, à moins de stipulation contraire, comprendre tout le reste, à l'exception du chargement.

Quid, si elle est faite sur le navire et le chargement, ou, en d'autres termes, sur corps et facultés, sans distinction, comment s'imputera-t-elle? La question est importante, et voici pourquoi. Un négociant fait assurer une somme de 10,000 francs, sur tel navire, *corps et facultés*. Il ne charge rien dans le navire, mais il est propriétaire d'une portion du navire, valant 12,000 fr. Le navire périt corps et biens. Si l'assurance doit s'imputer moitié sur le corps et l'autre moitié sur les facultés, il est évident qu'elle n'est valable que pour 5,000 fr., c'est-à-dire pour la partie qui porte sur le corps; mais que, pour

celle qui porte sur les facultés, elle est nulle, puisque nous supposons que l'assuré n'a aucun intérêt dans le chargement. Il y auroit donc lieu au ristourne pour 5,000 fr. Si, au contraire, dans l'espèce, l'assurance doit s'imputer indistinctement sur l'un ou l'autre des objets, elle est valable pour le tout, et l'assureur est obligé de payer la somme entière assurée. EMÉRIGON, (*h. tit.*, *chap.* 16, *sect.* 5), est de ce dernier avis. Il convient cependant que l'article 10 de la Déclaration du 17 août 1779, contient une disposition contraire. Cet article est ainsi conçu :

« Dans le cas où le navire et son chargement seront « assurés par la même police, et pour une seule somme, « ladite somme assurée sera répartie entre le navire et « son chargement, par proportion aux évaluations de « l'un et de l'autre, si elles ont été portées dans la po- « lice; sinon, la valeur du navire sera fixée par experts, « d'après, etc. ; et la valeur des marchandises, suivant « les dispositions de l'Ordonnance de 1681. »

Mais il prétend que cet article et les deux précédens, font suite à l'art. 7 de la même déclaration, où il est question du seul cas d'innavigabilité; si, par exemple, le navire ayant été déclaré innavigable, les marchandises ont été chargées sur un autre bâtiment, et sont arrivées à leur destination. On a voulu, suivant cet auteur, déterminer pour ce cas seul, dans quelle proportion le navire étoit compris dans la somme assurée. Mais tous les autres cas sont, suivant lui, laissés dans la disposition du droit commun, d'après lequel l'obligation des assureurs doit être regardée comme s'appliquant solidairement à l'un et à l'autre objet. D'ailleurs, comme il l'observe, le ristourne est peu favorable de sa nature: l'interprétation d'ailleurs doit tendre à faire valoir l'acte, plutôt qu'à l'anéantir; *ut magis valeat, quàm pereat*, dit la Loi 12, ff. *de rebus dubiis*. J'avoue que j'ai peine à apercevoir la raison de différence entre le cas d'innavigabilité, et les autres. Mais comme la disposition de la Déclaration susdatée ne se trouve pas rappelée dans le

Code, je pense que l'opinion d'ÉMÉRIGON doit être suivie maintenant sans difficulté.

Page 209.

(1) *Pour l'aller et le retour.* C'est ce que l'on appelle *à prime liée.*

Une personne fait assurer son navire, à prime liée, pour l'aller et le retour. Ou bien : elle le fait assurer par une première police pour l'aller, et par une seconde police pour le retour. Y a-t-il, dans l'un ou dans l'autre cas, quelque différence dans ses droits ?

Oui. Car, si nous supposons que le navire arrive à bon port à sa destination, et que depuis son arrivée, et avant son départ, il lui arrive un accident, cet accident est à la charge de l'assuré dans le second cas, parce que les risques de la première police ont fini pour l'assureur, du moment que le navire a jeté l'ancre au port de destination ; et que les risques de la seconde ne doivent commencer à courir, que du jour que le navire aura mis à la voile pour retourner au port du départ. Dans le premier cas, au contraire, l'aller et le retour étant considérés comme un seul et unique voyage, tous les accidens qui arrivent, par fortune de mer, entre ces deux époques, c'est-à-dire, depuis le départ jusqu'au retour au point de départ, sont à la charge de l'assureur.

(2) *Quid*, si la police ne s'explique point à cet égard ? L'assurance n'est censée faite que pour l'aller. L'assureur est ici débiteur : dans le doute, on doit prononcer en sa faveur. D'ailleurs les art. 328 et 341 paroissent le décider ainsi.

(3) *Quid* si, avant de faire le voyage assuré, le navire en entreprend un autre, et qu'ensuite il fasse le voyage assuré? L'assurance est nulle, parce qu'à moins

de stipulation contraire, elle doit toujours s'entendre du premier voyage que doit faire le navire. C'est l'avis d'Émérigon qui me paroît fondé en principes. (*chap.* 13, *sect.* 9).

(4) On peut donc faire assurer pour un temps, même sans faire mention du voyage, et alors l'assureur répond de tous les accidens qui arrivent dans tous les voyages faits pendant le temps déterminé. Cette sorte d'assurance a lieu ordinairement pour la pêche et les armemens en course. Elle a cela de particulier, que son cours n'est pas interrompu, quoique le navire soit revenu au port du départ; si le temps fixé par la police n'est point fini, le navire peut remettre à la voile, sous la même assurance. Je pense même que, dans ce cas, l'assureur est tenu des accidens survenus pendant les différens séjours du navire au port du départ.

D'après l'Ordonnance, art. 35, on pouvoit faire assurer à temps, mais avec désignation du voyage. L'effet de cette assurance étoit que le risque ne finissoit pas avec le temps marqué, mais uniquement par la fin du voyage. Il résultoit seulement de la fixation du temps, que, si le voyage duroit plus que le temps fixé, la prime étoit augmentée à proportion, sans que néanmoins elle pût être diminuée, si le voyage duroit moins long-temps. Dans notre article 335, on oppose l'assurance pour un temps limité, à celle pour le voyage entier; d'où l'on pourroit conclure que le Code n'a point entendu admettre la disposition de l'Ordonnance, et que, soit qu'il y ait, ou non, désignation du voyage, le risque finit toujours avec le temps prescrit.

(5) L'effet de cette disposition est de garantir l'assureur du risque. Il seroit sans doute plus court de se désister de l'assurance. Mais comme, pour le désistement, il faut le concours des deux parties, on a imaginé la réassurance, au moyen de laquelle, et en payant une prime quelconque, le premier assureur peut se décharger du

risque. Quant à l'assuré, nous verrons plus bas qu'il peut se désister de l'assurance, mais en rompant le voyage, et en payant demi pour cent de la somme assurée. Si les parties étaient d'accord, elles auroient la pleine liberté d'annuller ou de modifier l'assurance. L'acte qui contient ces nouvelles dispositions, se nomme *avenant*.

L'article dit *par d'autres*, c'est-à-dire, par d'autres que par l'assuré. Si l'on suppose en effet que l'assuré est d'accord, il est beaucoup plus simple de se désister, et toute réassurance est inutile.

L'assureur peut-il faire réassurer le total de ce qu'il a assuré? Ne doit-il pas en déduire la prime qui lui est acquise, et pour laquelle il ne court aucun risque? Cela devroit être, par la même raison que le prêteur à la grosse ne peut faire assurer le profit maritime: (*art.* 347). Aussi VALIN, sur l'art. 20, est-il d'avis que la prime doit être déduite du montant de la réassurance. Cependant, le contraire a été jugé par arrêt du parlement d'Aix, du 18 juin 1762, rapporté par ÉMÉRIGON, *chap.* 8, *sect.* 14, § 4. Et en effet, en supposant la prime égale dans l'assurance et la réassurance, il est clair que l'assureur n'éprouve ni perte, ni bénéfice; ce qui est l'unique but de la réassurance. Il est vrai que, si, en faisant la réassurance, l'assureur a fait assurer la prime des primes à l'infini, il peut en résulter un bénéfice pour lui, en cas de perte. Mais aussi, il court le risque, en cas d'heureux retour, de payer une plus forte prime que celle qu'il reçoit. Exemple :

Pierre assure 1000 fr. appartenant à Paul, à la prime de 20 pour 100. Il reçoit donc 200 fr. Il fait réassurer les mêmes cent pistoles, à la même prime de 20 pour 100, et la prime des primes à l'infini; ce qui fait monter la prime de la réassurance, d'après un calcul que nous allons faire connoître tout à l'heure, à 250 fr., et le total de la somme réassurée à 1250 fr. S'il y a perte, Pierre recevra net du réassureur le capital de cent pistoles, la prime de 250 fr. se compensant avec elle-même. Il

gagnera donc les 200 fr. de prime qu'il a reçus de Paul. Mais aussi, s'il y a heureuse arrivée, il sera tenu de payer une prime de 250 francs, tandis qu'il n'en a reçu qu'une de 200 fr. : cette chance suffit, pour l'autoriser à ne pas déduire la prime du montant de la réassurance.

Lorsqu'il y a réassurance, le premier assuré a-t-il, en cas d'insolvabilité du premier assureur, une action directe contre le réassureur? Ou bien, ne peut-il agir contre lui, que comme exerçant les droits de son assureur? La question est importante; car, s'il a l'action directe, et que le réassureur, comme le prétend VALIN, sur l'art. 20, doive être regardé comme la caution de l'assureur, l'assuré a privilége sur la somme provenant de la réassurance; et il peut la réclamer toute entière, exclusivement aux autres créanciers du premier assureur. S'il ne vient, au contraire, que comme exerçant les droits de ce même assureur, alors il est simple créancier, et il ne peut venir que par contribution avec les autres créanciers. ÉMÉRIGON, (*chap.* 8, *sect.* 14, § 2), prétend, contre l'avis de VALIN, que la réassurance est entièrement étrangère à l'assuré primitif; et qu'en conséquence, il n'a aucun privilége ni préférence sur le montant de cette réassurance. Ce dernier avis me paroît beaucoup plus conforme aux principes : la réassurance est, à l'égard du premier assuré, *res inter alios acta, quæ ei neque nocere, neque prodesse potest.*

(6) Pourroit-il le faire assurer par la même personne qui a assuré le capital? Raison de douter; c'est que la prime est de l'essence du contrat d'assurance. Il semble donc contraire aux principes que l'assureur assure la prime, puisque par-là il s'oblige de la restituer. La raison de décider est d'abord, qu'il lui est alloué une seconde prime pour l'assurance de la première : il a donc toujours un bénéfice quelconque. Cette raison n'est cependant pas trop forte, puisqu'on a imaginé un moyen d'après lequel l'assuré, en cas de sinistre, n'a aucune prime à payer, comme nous l'allons voir tout à l'heure.

Mais une seconde raison plus décisive, c'est que la prime fait partie des frais de la chose : elle en augmente la valeur. Nul doute que cet excédant de valeur ne puisse être assuré ; et alors, pourquoi ne pourroit-il pas l'être par la même personne qui a assuré la valeur primitive?

Mais, dira-t-on, on vient de décider que l'assureur ne peut pas faire réassurer le capital par l'assuré lui-même. Or, il paroît y avoir même raison de décider. On répond que, dans le cas proposé, ce ne seroit pas réellement une réassurance. C'est un désistement de la première assurance, puisque l'assuré reprend sur lui le risque dont il avoit voulu charger l'assureur : et d'ailleurs, il implique contradiction qu'une personne s'assure à elle-même son propre bien. Ces raisons ne se rencontrent pas dans l'assurance de la prime : c'est ce qui a déterminé l'usage, d'après lequel on peut faire assurer, par le même assureur, le capital et la prime. Il y a même des formules dans lesquelles cette clause est exprimée d'une manière assez singulière. *Nous vous permettons*, disent les assureurs à l'assuré, *de vous faire assurer en entier la prime et la prime de la prime*. Cette clause a le même effet que si les assureurs avoient dit qu'ils assuroient eux-mêmes la prime et la prime de la prime.

Un exemple, au surplus, fera connoître quel est l'effet de l'assurance de la prime.

Pierre fait assurer un capital de 3,000 fr., à 10 pour cent. La prime est, par conséquent, de 300 fr. S'il y a heureux retour, il paie la prime en pure perte. S'il y a sinistre, il reçoit son capital, déduction faite de la prime, c'est-à-dire 2,700 fr. C'est donc toujours 300 fr. qu'il perd. Mais supposons qu'il ait fait assurer la prime au même taux : c'est une seconde prime de 30 fr. qu'il doit. S'il y a heureuse arrivée, il est tenu, à la vérité, de payer 330 fr. Mais du moins, s'il y a perte, l'assureur est tenu de lui rendre, savoir : en vertu de la première assurance, 3,000 — 300 = 2,700 fr. ; et en vertu

de la seconde, 300 — 30 = 270 fr.; en sorte qu'en définitif, il ne perd que 30 fr. Il peut même faire assurer le coût de cette seconde prime, et ainsi à l'infini, tellement qu'en cas de sinistre, l'assureur est tenu de lui rendre son capital entier, sans déduction d'aucune prime. Quant à l'opération à faire, pour savoir quelle est la somme à payer pour la prime d'un capital donné, et pour la prime des primes à l'infini, elle est fort simple. Il faut multiplier ce capital par le taux de l'assurance, et diviser le produit par la différence de 100 à ce même taux. Ainsi soit le capital = C, le taux de l'assurance = T, la somme cherchée = X, nous aurons la formule générale : X, ou la valeur de la prime totale, $= \frac{CT}{100-T}$; et en ajoutant *C* à cette quantité, on aura la somme que l'assureur sera tenu de payer, en cas de sinistre, si toutefois il a déjà touché la prime. C'est ainsi que pour assurer 3,000 fr. en capital, et la prime des primes, à 10 pour 100, la prime totale $= \frac{3,000 \times 10}{100-10} = \frac{30,000}{90} = 333$ fr. 33 c., et la somme entière assurée est de 3,333 fr. 33 c.

Page 210.

(1) Est-ce la valeur réelle, ou bien y a-t-il, comme dans la vente, un espace à parcourir du plus bas au plus haut prix ? C'est la valeur réelle. L'assurance n'est pas pour l'assuré un moyen d'acquérir, mais seulement de conserver, c'est-à-dire de ne pas perdre. Par la même raison, le prix d'affection ne doit entrer ici pour rien. Au surplus, il suffit que la valeur ait existé au moment du sinistre, quand même elle auroit été complétée depuis le départ, pourvu, toutefois, que l'on ait stipulé la clause de faire échelle. (ÉMÉRIGON, *ch.* 15, *sect.* 8, § 1). Autrement, l'entrée volontaire dans un port intermédiaire, feroit finir le risque, et la prime serait acquise à l'assureur. (*Art.* 351.)

(2) *Est nul*, pour plusieurs raisons : 1° c'est dénaturer le contrat d'assurance, puisqu'on ne peut faire assurer que ce qu'on court risque de perdre. C'est alors une gageure. Je gage tant, dit l'assureur, que le chargement arrivera à bon port. Je gage la même somme, dit l'assuré, qu'il périra en route.

2° S'il y avoit lieu à faire le délaissement, comment pourroit-on offrir à l'assureur de lui délaisser une valeur qui n'a jamais été égale à la somme assurée?

3° Enfin, il résulteroit de là que l'assuré pourroit trouver un bénéfice à faire périr le chargement; ce qui répugne à la morale et à la faveur du commerce.

VALIN, sur l'article 22, prétend qu'ici la nullité est fondée sur les mêmes principes que celle du prêt à la grosse. Cela n'est pas exact. Dans le prêt à la grosse, le prêteur avance son argent; il a grandement intérêt à avoir un gage d'une assez grande valeur, pour en répondre. Dans l'assurance, l'assureur n'avance rien. Il doit lui importer peu que le gage soit foible ou non, surtout s'il a touché la prime. Les véritables raisons sont celles exposées ci-dessus. Cependant ces sortes d'assurances sont permises dans plusieurs pays.

(3) C'est-à-dire que l'assuré ne peut en demander la nullité. Or, s'il y a heureuse arrivée, l'assureur ne la demandera certainement pas, attendu que cela lui feroit perdre la prime : et voilà en quoi consiste la peine infligée à l'assuré.

Mais l'assureur qui demande la nullité, peut-il exiger le demi pour cent? VALIN, sur l'art. 22, prétend qu'oui. Je ne suis pas de cet avis. Le législateur accorde bien le demi pour cent, dans le cas de l'article suivant. Mais c'est précisément pour cette raison que l'on doit penser qu'il n'a pas eu la même intention dans notre article. Et en effet, l'assureur est déjà fort heureux que la fraude de l'assuré lui donne le droit de réclamer son capital, qui, sans cela, eût été perdu.

(4) *S'il est prouvé.* Le dol ne se présume pas. (*C. C. art.* 1116). C'est donc à celui qui l'allègue, c'est-à-dire, à l'assureur, à le prouver. Ainsi le fait seul d'un chargement moindre que le montant de l'assurance, ne suffit pas pour donner lieu à l'application de la peine portée par notre article ; il faut prouver, en outre, qu'il y a fraude, c'est-à-dire, par exemple, que l'assuré savoit, ou devoit savoir, au moment du contrat, que l'assurance excédoit la valeur du chargement.

(5) *Quid* s'il y avoit dol des deux côtés ? Il est difficile de le présumer. Mais enfin, si cela arrivoit, il faudroit suivre la disposition de la loi 4, § 1, ff *de cond. ob turp. causam. Cum utriusque turpitudo versatur*, dit cette loi, *cessat repetitio.* En conséquence, si la prime n'étoit pas payée, l'assureur ne pourroit la demander. Et si elle l'étoit, l'assuré ne pourroit la répéter. Il en seroit de même *vice versâ*, de la somme assurée, en cas de sinistre.

(6) C'est ce que l'on appelle *ristorne* ou *ristourne* sur la Méditerranée. Ce mot signifie, en général, la dissolution de la police d'assurance, hors le cas de fraude.

(7) *Par la même police.* J'ai ajouté ces mots, pour faire voir qu'il s'agissoit ici d'un seul contrat d'assurance souscrit par plusieurs assureurs. Il sera question dans l'alinéa suivant, du cas où il y a plusieurs contrats, et par conséquent plusieurs polices. Au surplus, pour entendre ceci, et pour connoître la difficulté que notre article a voulu lever, il faut savoir comment l'on procède dans l'usage. Un négociant veut faire assurer 30,000 fr. sur les facultés de tel navire. Il charge de cette opération un courtier d'assurances. Le courtier dresse la police, et va chercher des assureurs. Un premier assure pour 10,000 fr. ; un second, pour 8,000 fr. ; un troisième, pour 7,000 fr. ; et un quatrième, pour

5,000 fr. Il se trouve que, sans qu'il y ait de fraude de la part de l'assuré, son intérêt dans le chargement ne monte qu'à 25,000 francs. Il y a donc lieu au ristourne. Mais comment s'opérera-t-il? Les trois premières assurances seront-elles conservées en entier, et la quatrième annullée, aussi en entier? Ou bien seront-elles toutes diminuées proportionnellement? Notre article décide qu'il y aura diminution proportionnelle, parce que, quoique les différens assureurs n'aient été, dans le fait, engagés que successivement, cependant, comme ils l'ont été par la même police, leur engagement est censé avoir été simultané. Ainsi, dans l'espèce, la diminution sera d'un sixième pour chaque signataire; et, pour ce sixième, ils recevront demi pour cent d'indemnité.

Nota. On leur accorde ici le demi pour cent, parce que la nullité est absolue, et peut être demandée par l'assuré, comme par l'assureur.

(8) Parce qu'on ne peut pas faire assurer deux fois la même chose, puisqu'on ne peut faire assurer que ce que l'on court risque de perdre. Si donc le premier contrat couvre la valeur de l'intérêt, les contrats postérieurs sont nuls. Mais remarquez qu'on peut faire assurer la même chose, une première fois pour certains risques, et une seconde fois pour d'autres risques. Ainsi, un chargement de 30,000 fr. a été assuré par une première police, avec la clause *franc d'avaries*. L'effet de cette clause est que l'assureur n'est tenu que des sinistres majeurs : (*art.* 409). On peut faire assurer le même chargement pour toutes les avaries qui ne sont pas regardées comme sinistres majeurs.

(9) Mais si toutes les polices sont sous seing-privé, auront-elles une date les unes à l'égard des autres? Ou s'il y en a par acte authentique, celles sous seing-privé auront-elles une date à leur égard? Oui; l'art. 1328 du Code Civil ne s'applique pas aux affaires commerciales, où tout se fait *ex æquo et bono*. Et d'ail-

leurs. il y a toujours une espèce de date certaine, résultant du registre des courtiers, des livres des négocians, etc.

(10) *Quid*, si les premiers assureurs sont insolvables? Cela ne change rien à la condition des seconds, à l'égard desquels le ristourne a toujours lieu. Leur engagement étoit nul *ab initio;* un fait qui leur est étranger, n'a pu le faire revivre.

POTHIER, *du contrat d'assurance*, *n.° 77*, fait, à l'égard de la nullité des assurances postérieures, une distinction qui me paroît fondée. Lorsque chaque assurance, dit cet auteur, a été faite pour une somme déterminée, sans indication du rapport de cette somme à la totalité du chargement, alors la disposition de l'article a lieu. Mais, si un négociant, par exemple, a fait assurer par une première police, la moitié de son chargement, évaluée à 15,000 fr., ensuite par une seconde, un quart, évalué à 7,500; et enfin par une troisième, le dernier quart, évalué aussi à 7,500, et que la valeur effective du chargement total ne soit que de 25,000 fr., il y a lieu au ristourne pour un sixième sur chaque police.

Page 211.

(1) *Quid*, si la valeur du chargement excède le montant des assurances? Dans ce cas, l'assuré est censé être son propre assureur pour le surplus, et le risque se partage entre lui, au prorata de son découvert, et les assureurs, chacun au prorata de la somme par lui assurée.

Quid, si le montant des polices, qui n'excédoit pas, dans le principe, la valeur du chargement, se trouve cependant lui être supérieur, par l'effet des déchargemens faits en route?

A chaque déchargement, le risque est censé avoit été diminué proportionnellement dans l'intérêt de chaque assureur, et ce, quelle que soit la date des polices. Il en seroit autrement, si la valeur du chargement avoit été

inférieure dans le principe au montant total des assurances. Dans ce ces, il y eût eu lieu au ristourne, à l'égard des dernières, jusqu'à due concurrence.

(2) *Le plus généralement*, parce qu'il est possible de prouver le chargé par d'autres pièces, telles que les factures, les expéditions des douanes, la lettre d'avis du chargeur, les attestations de l'équipage, etc. Mais il y a cette différence que le connoissement suffit pour prouver le chargement, au lieu que chacune des autres pièces, prise seule et séparément, ne suffiroit pas pour la même preuve.

(3) Ainsi l'assureur peut être admis à prouver la fausseté du connoissement; mais l'assuré jamais. Le connoissement est son ouvrage : *Et nemo auditur turpitudinem suam allegans.*

(4) En cas de perte, on annulleroit le véritable connoissement, et l'on en fabriqueroit un frauduleux, dans lequel on grossiroit la quotité ou la valeur du chargement.

Page 212.

(1) Si l'assurance n'a pas été faite en France, elle est régie par les lois du pays où elle a été faite.

(2) *Quid*, de la valeur du navire ? Elle est ordinairement fixée par la police.

(3) Quand la fixation est portée dans la police, cela dispense l'assuré de l'obligation de la constater d'une autre manière; mais cela n'ôte pas à l'assureur le droit de la contester, quoiqu'il l'ait signée. C'est une dérogation aux principes ordinaires, fondée sur ce que l'usage et la célérité des opérations maritimes ne permettent pas de vérification, lors de la signature. Mais c'est alors à

l'assureur à prouver que l'estimation a été exagérée ; au lieu que, s'il n'y a pas d'estimation dans la police, c'est à l'assuré à prouver la valeur.

(4) Il n'est pas question ici du connoissement qui prouve bien le fait, mais non la valeur du chargement.

(5) Aux frais de qui? Je pense que c'est aux frais de l'assuré. C'est à lui de prouver : d'ailleurs il ne tenoit qu'à lui de la faire dans la police. Mais si elle est faite dans la police, et que l'assureur en demande une autre, je pense qu'il faut distinguer : s'il résulte de la nouvelle estimation que la première n'étoit pas exagérée, elle doit être aux frais de l'assureur ; *secùs*, aux frais de l'assuré. (*Argum. tiré de l'art.* 1716 *du Code Civil*).

(6) Et non pas du lieu de la décharge. Autrement, ce seroit faire assurer le profit espéré, ce qui est prohibé. Mais en est-il de même à l'égard du navire? La raison de douter est que les marchandises gagnent ordinairement par le transport, tandis que le navire se détériore par la même cause. Cependant il faut dire la même chose du navire, sans qu'il en résulte cependant de préjudice pour l'assureur. Car, ou il s'agit d'un sinistre majeur qui donne lieu au délaissement ; et alors, l'assuré est obligé d'abandonner le fret gagné par le navire, (*art.* 386), lequel représente la détérioration que le voyage a causée au bâtiment : ou l'assuré intente seulement l'action d'avarie, et alors la valeur donnée au navire est indifférente, puisque l'assureur est seulement obligé de payer la somme nécessaire pour mettre le navire en état.

(7) Par conséquent les frais de douane et autres. En effet, tous ces frais augmentent la valeur de la chose ; et l'assureur doit la prendre au prix qu'elle avoit, au moment où il a commencé à courir les risques.

(8) Il est bien peu de pays où le commerce se fasse en

pur troc. Car, même en Guinée, où l'on paroissoit échanger des marchandises contre des nègres et de la poudre d'or, cependant, ce n'étoit pas, à proprement parler, un troc, puisqu'il y avoit une monnoie, soit réelle, soit idéale, qui servoit de moyen terme, pour la comparaison des marchandises délivrées des deux côtés. Il y avoit donc plutôt double vente. Si, par exemple, une cargaison arrivée en Guinée, étoit estimée 100,000 corris, et que chaque esclave eût été estimé l'un dans l'autre 1000 corris, il est clair qu'on auroit eu 100 esclaves en échange de la cargaison : mais c'eût été cependant une double vente, et non un véritable troc. Il peut se faire, cependant, qu'il y ait encore des peuplades sauvages, avec lesquelles on fasse le commerce, de pelleteries, par exemple, en pur troc.

(9) *Des marchandises*, rapportées en retour. Il est bien clair qu'il ne s'agit pas de celles expédiées au départ, puisque c'est au contraire la valeur de celles-ci qui sert à déterminer la valeur des autres.

(10) C'est-à-dire, les droits de douane à la sortie, le fret, la prime d'assurance, les frais de séjour, de déchargement, etc. VALIN, sur l'art. 65, *des assurances*, prétendoit qu'on devoit joindre à tout cela, dix pour cent de bénéfice, parce que, disoit-il, on ne peut présumer que des marchandises expédiées de France, ne vaillent en Guinée que ce qu'elles valoient en France, plus les frais de transport. Cette observation peut être juste; mais la loi est précise, et il paroît difficile d'y ajouter. D'ailleurs, il est très-possible que le négociant ait compté, non pas sur le bénéfice provenant des marchandises expédiées d'Europe, mais sur celui résultant de la vente des objets chargés à la côte de Guinée.

(11) Cet article est copié de l'art. 11 de la déclaration du 17 août 1779, qui avoit pour but d'empêcher un abus qui s'étoit introduit. Voici en quoi il consistoit.

L'argent des îles vaut un tiers de moins que celui de France, c'est-à-dire, que 6000 fr. des îles ne représentent que 4000 fr. de France. Néanmoins, un négociant qui faisoit, à la Martinique par exemple, un chargement de 10,000 fr., argent des îles, le faisoit assurer en France pour une pareille somme, argent de France, en sorte qu'en cas de sinistre, il gagnoit moitié en sus de son capital.

Quid, si pour éluder la loi, on met de côté les factures d'achat, et qu'on évalue les marchandises dans la police, en francs, mais au même prix qu'elles ont été achetées argent des îles? ÉMÉRIGON, (*chap.* 9, *sect.* 8, § 2), déclare avoir vu une police d'assurance, portant « que l'assuré justifiera, par le seul connoissement, le « chargé de tant de bariques de sucre, évaluées d'un « commun accord entre les parties, 36,000 liv. tour-« nois, » tandis que d'après les factures, elles n'avoient coûté que 36,000 fr. des îles. Je pense que, dans ce cas, il y a lieu à appliquer ce que nous avons dit dans les notes (5) et (5) de la page 210, suivant que l'on peut présumer que la fraude est des deux côtés, ou d'un seul côté.

Page 213.

(1) *En cas de fraude.* Faut-il absolument qu'il y ait fraude personnelle de la part de l'assuré, ou suffit-il qu'il y ait ce que les Romains appeloient *dolus reipsâ*, c'est-à-dire que l'assureur ait été trompé par l'estimation, quand même il n'y auroit pas de fraude de la part de l'assuré, comme si, par exemple, l'assuré avoit évalué de bonne foi à 10,000 fr., un chargement qui n'en valoit réellement que 8,000? Je pense qu'il suffit que l'estimation soit erronée, pour que l'assureur puisse en demander une nouvelle. D'abord, l'art. 358 suppose évidemment qu'il peut y avoir lieu au ristourne pour raison de la moindre valeur du chargement, quoiqu'il

n'y ait dol ni fraude de la part de l'assuré. Or, pour prouver cette moindre valeur, il faut bien une estimation. C'est l'avis de POTHIER, *nos* 159 *et* 160, et d'ÉMÉRIGON, *chap.* 9, *sect.* 5, § 5 : et cela paroît conforme à l'équité qui doit être la base de toutes les décisions en matière de commerce.

Je sais qu'il y a des personnes qui prétendent que l'art. 358 est pour le cas où il n'y a pas d'évaluation faite par la police ; mais que, dès qu'il y en a une, il n'y a que le dol personnel de l'assuré qui puisse donner à l'assureur le droit d'en demander une autre. On sent aisément quels abus résulteroient d'un pareil système. On ne manqueroit pas, quand on voudroit violer la loi, de faire une évaluation exagérée dans la police ; et comme d'ailleurs le dol personnel ne se présume pas, qu'il est très-difficile de le prouver, on viendroit aisément à bout de dénaturer le contrat d'assurance, et de le faire dégénérer en gageure.

(2) *En cas de supposition :* si, par exemple, on déclare remplies d'indigo des balles contenant des matières beaucoup moins précieuses.

(3) Il n'y a que l'assureur qui puisse contester l'estimation faite par la police. L'assuré ne le peut jamais, parce que cette estimation est de son fait. Dans l'usage, l'assureur n'y coopère point.

(4) *Peut.* Il étoit nécessaire que la loi donnât expressément à l'assureur le droit de contester l'estimation faite par la police. On auroit pu le soutenir non-recevable, comme l'ayant approuvée par sa signature. Mais encore une fois, on a considéré que, dans l'usage, cette estimation est l'ouvrage de l'assuré seul.

Quid, si l'assureur avoit renoncé par la police au droit de demander une nouvelle estimation ? POTHIER, n° 159, pense, avec raison, que cette convention se-

roit nulle, comme tendant à favoriser le dol. *Non valet conventio ne dolus prœstetur.*

(5) *Quid*, si le montant de la nouvelle estimation est inférieur à celui de l'ancienne? L'assurance est entièrement nulle dans l'intérêt de l'assureur, s'il y a dol personnel de la part de l'assuré. Sinon, elle est réduite à la valeur réelle de l'objet assuré; et l'assureur reçoit demi pour cent pour le surplus.

(6) L'article dit, *les sommes empruntées à la grosse*. Mais il est évident qu'il faut entendre par là les objets acquis avec ces sommes. L'on pourroit cependant entendre aussi la somme même, si par hasard l'emprunteur l'emportoit avec lui pour faire des achats en route.

(7) Mais, dit-on, la loi ne permet au prêteur à la grosse de stipuler tel profit maritime qu'il juge convenable, et quelque considérable qu'il soit, qu'à raison de ce qu'il court risque de perdre son capital. Si vous lui permettez de faire assurer ce même capital pour une prime, qui est toujours moindre, dans le fait, que le profit stipulé, il n'y a plus de risque pour lui, et par conséquent plus de raison qui autorise l'énormité du profit. Cette objection seroit sans doute très-forte, si l'assurance étoit faite par l'emprunteur même. Aussi, je pense avec ÉMÉRIGON (*chap.* 8, *sect.* 11, § 3), que cette assurance seroit nulle, comme renfermant évidemment une usure déguisée. Mais, si l'assurance est faite par un tiers, elle ne change rien aux conventions faites avec l'emprunteur; elle ne détruit pas l'essence du prêt à la grosse; et il n'y a conséquemment pas de raison de la prohiber.

(8) C'est ce que l'on exprime quand on dit qu'on ne peut faire assurer *le fret à faire*. C'est afin que le capitaine ait intérêt à conserver le chargement. *Quid*, si le

fret a été payé d'avance, avec la clause qu'il ne sera pas restitué en cas de naufrage, comme cela est permis par l'art. 302 ? Il peut faire la matière d'une assurance, non de la part du capitaine qui l'a gagné, et pour qui il n'est plus en risque, mais de la part du chargeur qui court risque de le perdre, s'il y a naufrage.

Il paroît que, d'après l'art. 6 de la déclaration déja citée, du 17 août 1779, rapporté dans ÉMÉRIGON, (*chap.* 8, *sect.* 8, § 3), on a entendu que ce n'étoit pas assurer *le fret à faire* dans l'espèce suivante qui a lieu fréquemment en temps de guerre, et que nous avons déjà rapportée ci-dessus, note (6) de la pag. 196.

On charge aux îles, dans mon navire, des sucres à 4 sous la livre de fret, rendus au premier port en Europe; et à 5 sous, si le navire arrive à Marseille. Je reçois avis que le navire est entré à Cadix. Je puis faire décharger, et exiger le fret de 4 sous. Mais je donne ordre d'aller à Marseille. Puis-je, dès-lors, faire assurer le fret que j'aurois pu gagner à Cadix? On décidoit qu'oui, d'après l'article précité qui est ainsi conçu :

« Le fret acquis pourra être assuré, et ne pourra « faire partie du délaissement du navire, s'il n'est ex- « pressément compris dans la police d'assurance. » Cependant, comme l'observe ÉMÉRIGON, *loco citato*, le fret n'étoit acquis à Cadix que conditionnellement, et à la charge que le navire y seroit déchargé. La condition ayant manqué, il est certain que le fret n'a jamais été acquis, et qu'il est resté dans la classe *du fret à faire*. Cependant, il paroît que cette sorte d'assurance avoit lieu. Mais alors, comment concilier cette disposition avec celle qui enjoint à l'assuré qui délaisse le navire, de délaisser le fret des marchandises sauvées; ce qui comprend celui des marchandises déchargées en route depuis le commencement du risque, ainsi que nous le verrons plus bas. C'est ce qui, en dernière analise, me porteroit à rejeter cette interprétation, d'autant plus volontiers, que le Code n'a pas répété l'article de la Déclaration de 1779, qui avoit favorisé cette opinion.

Mais, même dans l'opinion contraire, et si le navire périssoit dans le trajet de Cadix à Marseille, les matelots pourroient-ils exercer leur privilége sur le fret qui auroit pu être gagné à Cadix, par la raison que l'armateur le gagne par l'effet de l'assurance? ÉMÉRIGON, (*ibid.*, § 5), pense, avec raison, que non, parce que cette assurance seroit, à leur égard, *res inter alios acta*, et que d'ailleurs ce seroit assurer indirectement leurs loyers, et leur ôter, par conséquent, tout intérêt à la conservation du navire.

(9) *Qu'il espère. Secùs*, le profit acquis. Ainsi, je charge pour Saint-Domingue une valeur de 30,000 fr., que je fais assurer, aller et retour. Arrivée à Saint-Domingue, la cargaison se vend 60,000 fr. de France, et j'achète en retour des marchandises pour cette valeur. Je puis faire assurer les 30,000 fr. d'excédant, parce que ce n'est pas un profit espéré, mais un profit acquis. D'ailleurs la raison politique qui s'oppose à l'assurance du profit espéré, n'existe plus.

Peut-on faire assurer une prise faite, mais non encore conduite dans un port français? Oui, c'est un profit acquis. A la vérité, il court des risques; mais ce sont précisément ces risques qui font la matière de l'assurance.

Quid, si le bâtiment pris est repris par l'ennemi, mais recous dans les vingt-quatre heures? *Voyez* la solution de cette question dans la note (2) de la pag. 229.

Page 215.

(1) *Avant le risque commencé.* L'article 349 dit, *avant le départ*, ce qui est un peu différent. Pour s'en convaincre, il faut savoir que l'on distingue en général *le voyage du navire*, du *voyage assuré*. *Le voyage du navire* commence au moment où il met à la voile. *Le voyage assuré* ne commence que du moment où

les risques sont à la charge de l'assureur. Lorsqu'il n'y a point de convention particulière, le voyage assuré et celui du navire commencent au même moment, quand l'assurance est sur le corps. Quand elle est sur facultés, le voyage assuré commence avant le voyage du navire, puisque les risques sont à la charge de l'assureur, du moment où les marchandises sont chargées dans des gabarres, pour être portées à bord du navire. Mais il est permis aux parties de déroger à ces dispositions. Ainsi, par exemple, un navire part de Bordeaux pour la côte de Guinée, et de là pour Saint-Domingue. Le chargement est assuré avant le départ. Mais il est stipulé que l'assurance n'aura lieu que de sortie de la côte de Guinée. Le voyage du navire commence au moment où il met à la voile de Bordeaux. Le voyage assuré ne commence qu'au départ de la côte de Guinée pour Saint-Domingue. En conséquence, si le navire, au lieu d'aller de Guinée à Saint-Domingue, revenoit directement en France, ou alloit dans tout autre endroit, le voyage assuré seroit censé rompu avant le risque commencé, et il y auroit lieu à appliquer la disposition de notre article. De même, il est possible que le voyage assuré commence avant celui du navire, même dans le cas d'assurance sur le corps, si, par exemple, il est stipulé dans la police, que les risques commenceront du moment que le navire aura pris charge.

(2) *Même par le fait de l'assuré.* Cela peut paroître étonnant, d'après le principe que *contractus sunt ab initio voluntatis, et ex post facto necessitatis.* En conséquence, il n'est pas possible, en général, à l'une des parties, de dissoudre un contrat sans le consentement de l'autre. Mais l'on a considéré ici 1.° qu'il est de l'essence de l'assurance qu'il y ait un risque. Sans risque, point de contrat; et, par conséquent, point de prime, puisqu'elle est le prix du risque. 2.° L'assureur n'avance rien; il n'est point censé avoir pris de mesures ou d'arrangemens particuliers, relativement à l'assu-

rance. Il n'éprouve donc aucun préjudice : ou, s'il en éprouve un léger, il est compensé par le demi pour cent d'indemnité, qui lui est payé.

(3) Pourvu toutefois que l'assureur n'ait pas commencé à courir les risques. Car si, par exemple, dans le cas d'assurance sur facultés, les marchandises avoient été chargées dans les gabarres pour être transportées au navire, depuis ramenées au port, et qu'ensuite le voyage fût rompu, la prime seroit due : (*Art.* 341 *et* 351).

(4) *A titre d'indemnité.* On se sert de cette expression, plutôt que de celle *de dommages et intérêts*, parce qu'en droit, il n'y a lieu ordinairement à dommages et intérêts, qu'autant qu'il y a, de la part de l'un des contractans, un fait qui donne lieu à la rupture du contrat, tandis qu'ici, le demi pour cent est dû, quand même le contrat seroit rompu par force majeure, *putà*, si le navire venoit à être incendié. C'est au moins l'avis d'Émérigon (*chap.* 16, *sect.* 6), fondé sur ce que l'article dit, *même par le fait de l'assuré ;* ce qui indique que la disposition doit avoir lieu, quand même la rupture du voyage procéderoit de toute autre cause. Pothier, n.° 181, est cependant d'avis contraire. Il prétend que le législateur, par ces mots, a voulu seulement prévoir le cas unique qui pouvoit faire question, c'est-à-dire celui où le voyage seroit rompu par le fait de l'assuré. « L'on pouvoit prétendre, dit cet auteur, « qu'il ne devoit pas être au pouvoir de l'assuré de rom- « pre le voyage, et que, par conséquent, la prime étoit « toujours due. Le législateur a voulu lever cette diffi- « culté, en décidant que l'assurance seroit annullée, « quand même la rupture proviendroit du fait de l'as- « suré. » Je crois l'avis d'Émérigon plus conforme à la teneur et au sens grammatical de l'article. D'ailleurs, il tend à épargner beaucoup de procès, qui ne manqueroient pas de s'élever sur la question de savoir si la

rupture provient du fait de l'assuré, ou de la force majeure.

Mais, pour que la force majeure annulle l'assurance, il faut supposer qu'elle empêche absolument le voyage, comme si, par exemple, l'assurance étoit sur le corps, et que le navire ait été brûlé. Car si, dans le même cas, l'assurance étoit sur facultés, et que l'assuré trouvât un autre navire pour y charger les marchandises, l'assurance subsisteroit. Le changement forcé de navire est à la charge de l'assureur, (*art.* 350). Mais s'il n'étoit pas possible de trouver d'autre navire, ou que l'assuré ne voulût pas y charger, alors il y auroit lieu au ristourne, c'est-à-dire à l'annullation de l'assurance, avec l'indemnité de demi pour cent.

Nota. Toutes les fois qu'il y a lieu au ristourne, tous les frais sont à la charge de l'assuré. (*Règlemens du Conseil, des 7 novembre 1778, et 6 février 1779*).

Quid, si l'assurance est annullée pour raison d'une clause prohibée, comme dans les cas des art. 347, 365, etc.? Il faut distinguer : si le motif qui donne lieu à la nullité, étoit, ou devoit être connu des assureurs, ils n'ont rien à prétendre : *Nemo ex delicto suo, etc.* Dans le cas contraire, le demi pour cent leur est dû.

Lorsqu'il y a lieu à l'annullation de l'assurance, et à l'indemnité de demi pour cent en faveur de l'assureur, pourroit-il réclamer, pour le paiement de cette indemnité, le privilége établi pour la prime, par le n.° 10 de l'art. 191?

Je ne le pense pas, d'après les raisons exposées dans la note (4) de la page 190, et qui m'ont déterminé à refuser le privilége au capitaine, pour le paiement du demi-fret, dans le cas de non chargement.

(5) *Quid*, si l'assurance est sur le corps, la disposition dont il s'agit aura-t-elle lieu? D'abord, si le navire revient, quoique sans chargement, il est certain que l'assurance est valable en totalité. S'il ne revient pas, je pense qu'il faut distinguer : si c'est pour raison d'in-

navigabilité causée par fortune de mer, c'est un risque maritime dont les assureurs sont tenus, et qui peut même donner lieu au délaissement : (*art.* 369). Si l'innavigabilité provient de la vétusté du navire, les assureurs ne sont pas tenus : (*art.* 352). Et, cependant, ils ont gagné la prime entière, puisqu'ils ont commencé à courir les risques : (*art.* 351). Mais, si le défaut de retour du navire provient du fait de l'assuré, je crois que la prime entière est due : (*ibid*). On doit regarder cela comme un changement de voyage provenant du fait de l'assuré. D'ailleurs, la disposition de notre article est une exception aux principes de la matière, qui veulent que l'assureur gagne la prime entière, du moment qu'il a commencé à courir les risques. Or, l'exception doit être restreinte au cas pour lequel elle est établie. Cependant, ÉMÉRIGON, qui convient, (*chap.* 3, *sect.* 2, § 4), que c'est ici une grâce faite à l'assuré, laquelle ne doit pas être tirée à conséquence, prétend que cette disposition doit être appliquée au cas d'assurance sur le corps ; ce qui me paroît contraire au texte de la loi. Car alors, pourquoi l'Ordonnance, et après elle le Code, ont-ils dit, *si l'assurance a pour objet des marchandises :* il eût été bien plus simple de dire, *si l'assurance est faite pour l'aller et le retour, et qu'il ne se fasse pas de retour*, *etc.*

(6) L'article dit en général, *s'il ne se fait point de changement en retour, ou s'il ne s'en fait qu'un incomplet*, ce qui paroît comprendre même le cas où le défaut de retour proviendroit du fait de l'assuré.

Quid, si l'assurance est à prime liée pour le continent de l'Amérique, de là à Saint-Domingue, et de retour en France ; que le navire aille en Amérique, de là à Saint-Domingue avec un chargement, et qu'il revienne de Saint-Domingue sans chargement ? Il paroîtroit naturel, au premier coup d'œil, que l'assureur eût plus des deux tiers. Ce cas avoit embarrassé VALIN, sur l'art. 6. ÉMÉRIGON, (*chap.* 3, *sect.* 2, § 4), prétend

qu'il n'y a là rien d'embarrassant; qu'il n'y a réellement dans l'espèce, qu'un voyage d'aller à Saint-Domingue avec la faculté de faire échelle à la côte d'Amérique, et de retour en France; d'où il suit que, si le retour se fait sans chargement, il y a lieu à la restitution du tiers de la prime.

Quid, si le navire périt dans l'aller? La prime entière est due. Car l'assureur a si bien couru tous les risques, qu'il est obligé de payer la somme entière assurée.

Quid, si le navire est pris dans l'aller, mais que l'assurance ait été faite, franc de tout événement de guerre? Emérigon, (*ibid.*), décide que le tiers de la prime doit être restitué, parce que le cas de la prise, dans l'espèce, n'est pas à la charge de l'assureur, et qu'il est indifférent que le défaut de retour soit du fait de l'assuré, ou l'effet d'une force majeure dont l'assureur n'est pas responsable.

(7) Pourquoi les deux tiers? Il sembleroit qu'il devroit payer, ou la totalité de la prime, ou seulement la moitié avec demi pour cent de l'excédant, et ce, par analogie avec l'art. 349. Mais on a voulu dédommager un peu l'assureur. L'assuré, qui, *stricto jure*, doit toute la prime, est encore trop heureux d'en gagner le tiers. D'ailleurs, le sixième qu'il paie, de plus que la moitié de la prime, représente le demi pour cent qu'il devroit payer, en cas de ristourne, de la moitié de la somme assurée.

(8) *Proportionnels.* Ce mot s'applique au cas où il se fait un retour, mais incomplet. Par exemple, la somme assurée est de 40,000 fr. La prime est à 10 pour 100. Le chargement pour l'aller étoit de valeur de 40,000 fr. Mais celui pour le retour ne vaut que 30. S'il n'y avoit pas eu de retour du tout, l'assureur n'eût pu exiger que les deux tiers de la prime, c'est-à-dire, 2,667 fr. Mais dans l'espèce, il faut dire : le chargement est complet pour l'aller et le retour, jusqu'à concurrence de 30,000 fr.

Ainsi, l'assureur peut d'abord exiger 3000 fr. de prime. Quant aux autres 10,000 fr., il faut agir, comme si cette somme avoit été assurée pour l'aller et le retour, et qu'il n'y eût pas eu de retour du tout. Dans ce cas, l'assureur n'eût pu exiger que les deux tiers de la prime sur 10,000 fr., c'est-à-dire, 667 fr. Il ne pourra donc réclamer en tout que 3667 fr., au lieu de 4000 fr. qu'il auroit eus, si le chargement avoit été complet pour le retour.

(9) *S'il n'y a stipulation contraire.* VALIN, sur l'art. 6, prétend que ces mots doivent s'entendre dans le sens, que l'on peut stipuler que l'assureur recevra moins des deux tiers, mais non qu'il recevra davantage : il soutient que cette dernière convention seroit contraire aux principes de la matière, et à l'équité naturelle. ÉMÉRIGON, *loco citato*, soutient qu'on a voulu laisser la plus grande latitude. Je partage cette dernière opinion. D'abord, il est constant que la disposition dont il s'agit, est un avantage accordé à l'assuré contre la rigueur du droit. Il n'y a donc pas de raison pour empêcher d'y déroger par une stipulation formelle. En second lieu, nous avons déjà remarqué que l'article ne distingue pas pour quel motif le chargement en retour n'a pas eu lieu, si c'est par force majeure, ou par le fait de l'assuré : nouvelle raison pour qu'il soit libre aux parties de convenir que l'assuré supportera la prime entière.

Page 216.

(1) Il paroîtroit, d'après cela, que l'on dût compter la distance du lieu de la perte effective. L'Ordonnance le décidoit ainsi : (*art.* 59). Cependant ÉMÉRIGON, (*chap.* 15, *sect.* 4, § 1), assure qu'il étoit passé en jurisprudence, que le délai comptoit depuis le premier endroit de terre où la nouvelle de la perte étoit arrivée : et il cite plusieurs arrêts et sentences qui l'ont ainsi jugé. Cela paroît assez juste; et je crois qu'il faut en-

tendre également notre article dans ce sens, d'autant plus qu'il seroit souvent très-difficile de connoître au juste le moment, et par conséquent, le lieu de la perte.

(2) *Sans préjudice néanmoins des autres preuves*, c'est-à-dire que, quand même il ne se seroit pas écoulé assez de temps depuis l'événement, pour établir la présomption admise par notre article, si, néanmoins, celui qui a intérêt de faire annuller l'assurance, peut prouver, de quelque manière que ce soit, que l'autre partie connoissoit l'événement au moment du contrat, il sera admis à la preuve. Et en effet, puisqu'on admet une présomption, à plus forte raison la preuve doit-elle être admise. Mais, comment se fera cette preuve? EMÉRIGON, *ibid.*, § 3, et VALIN, sur l'art. 39, prétendent avec raison qu'elle peut se faire, tant par titres que par témoins, attendu qu'il s'agit de fraude.

(3) Dans l'intérêt de qui est établie cette nullité? Il faut distinguer : s'il y a perte, et que la présomption existe contre l'assuré, l'assureur peut demander la nullité. Il est bien constant que l'assuré ne la demandera pas. Mais l'assureur pourra-t-il demander en outre le demi pour cent? Je ne le pense pas. En effet, s'il y a preuve que l'assuré connoissoit la perte, comme alors l'assureur a la double prime, il ne peut pas demander l'indemnité. S'il y a seulement présomption, alors l'assureur, à la vérité, ne gagne pas même la prime simple; mais aussi, n'est-il pas trop heureux qu'une simple présomption lui donne le droit de se dispenser du paiement de la somme assurée, qui, sans cela, eût été perdue pour lui?

S'il y a heureuse arrivée, et qu'il y ait présomption contre l'assureur, il est bien clair que l'assuré seul demandera la nullité, et qu'il n'y aura pas lieu à l'indemnité : à plus forte raison, s'il y a preuve contre l'assureur, puisqu'il doit rendre la prime double.

(4) C'est-à-dire, que les parties ne sont pas admises à prouver qu'elles ignoroient l'événement; à la différence des présomptions, dites *juris*, qui dispensent bien de la preuve celui qui peut les alléguer, mais qui n'excluent pas la preuve contraire.

Page 217.

(1) On ne fait plus actuellement d'assurance sans y insérer cette clause. Elle est devenue de style dans toutes les polices.

(2) Par titres, témoins, et même par le serment du défendeur. La fraude peut être prouvée de toutes les manières.

(3) *Quid*, si l'assurance a été faite par commission? Il faut distinguer : si le commissionnaire connoissoit l'événement quand il a fait faire l'assurance, elle est nulle, quand même le commettant l'auroit ignorée. Mais la double prime est à la charge du commissionnaire.

Quid, si le commissionnaire l'ignoroit, mais que le commettant le connût? S'il le connoissoit au moment où il a donné l'ordre, il est certain que l'assurance est nulle, et qu'il doit la double prime. S'il ne l'a connu qu'après, il faut distinguer : s'il a écrit de suite pour révoquer l'ordre, mais que l'assurance ait été faite avant la réception de la lettre, elle est valable. Mais s'il a tardé à révoquer, la fraude est présumée; et, en conséquence, il y a lieu à la nullité de l'assurance, et au paiement de la double prime. *Sic* VALIN, sur l'art. 40, et ÉMÉRIGON, *chap.* 15, *sect.* 8.

(4) *Connoissoit la perte.* Il ne suffit pas qu'il l'ait crainte, quand même il auroit eu un juste sujet de la craindre. Si la fraude n'est pas prouvée, la moindre incertitude suffit pour valider l'assurance. Et remarquez, d'un autre côté, qu'il n'est pas nécessaire que l'on

prouve mathématiquement que la partie avoit une connoissance personnelle. La certitude morale suffit. Si donc le fait étoit connu publiquement dans la ville où demeure l'assureur ou l'assuré, ils sont censés l'avoir également connu. L. 9, § 2, ff. *de jur. et facti ignor.*

(5) Outre la restitution de la prime, s'il l'a reçue. Autrement, la peine de l'assureur seroit moins forte que celle de l'assuré.

(6) C'est l'avis de POTHIER, *n.°* 24, que j'ai cru devoir adopter, de préférence à celui de VALIN, sur l'art. 41. Je me fonde sur ce que notre article répète ici le mot *preuve*, employé dans l'article précédent, où il signifie bien évidemment le cas où il n'y a pas seulement présomption légale, mais bien preuve complète. D'ailleurs, il n'y a rien d'étonnant que la loi ait voulu punir davantage la fraude prouvée, que la fraude présumée.

(7) *Quid*, si ces pertes et dommages ont eu lieu pour le salut commun, et sont conséquemment susceptibles d'être couverts en partie par la contribution? Les assureurs en sont toujours tenus, sauf leur subrogation aux droits de l'assuré dans la contribution.

Page 218.

(1) *Quid*, si l'assurance porte sur 100 tonneaux de sucre par exemple, que l'assuré en ait chargé 200, et qu'il en périsse 20, comment sera imputée la perte? Proportionnellement à la partie assurée. Du moins c'est l'avis d'EMÉRIGON, *chap.* 10, *sect.* 5. Dans l'espèce, l'assureur paiera la valeur de dix tonneaux. Il en seroit de même, si des marchandises de divers assurés, mais de la même espèce, étoient confondues; ou, si des marchandises d'un assuré étoient confondues avec celles d'un non assuré. Voyez ci-dessus la note (2) de la page 205.

(2) Il y a échouement, quand le vaisseau donne ou passe sur un bas-fond ou banc de sable, sur lequel il touche et reste arrêté, parce qu'il n'y a pas assez d'eau pour le soutenir à flot.

(3) *Abordage fortuit.* Nous avons vu qu'il y a trois cas d'abordage, prévus par la loi, (*art.* 407) : celui où l'abordage est purement fortuit, celui où il est prouvé qu'il a eu lieu par la faute de l'un des capitaines, et celui où il y a doute. Mais nous avons prouvé également, dans la note (19) de la page 175, que le doute dont parle ici le Code, ne peut pas être sur la question de savoir si l'abordage a été fortuit ou non, parce que la présomption doit être toujours pour le cas fortuit, jusqu'à preuve contraire. Mais, avons-nous dit, en supposant constant que l'abordage n'est pas fortuit, et qu'il est arrivé par la faute de l'un des capitaines, il peut être impossible de décider quel est celui dont la faute l'a occasionné : et c'est pour ce cas que la loi décide que le dommage sera réparé à frais communs. D'après cette interprétation qui nous paroît la plus naturelle, l'abordage, considéré quant à sa cause, ne peut être que de deux espèces, fortuit ou non. Le Code paroît ici ne mettre à la charge des assureurs que l'abordage fortuit. Cette distinction n'étoit pas dans l'Ordonnance ; et je crois qu'il faut y appliquer une modification, pour qu'elle ne soit pas contraire aux principes de la matière ; c'est que l'abordage doit être, relativement aux assureurs, présumé fortuit, toutes les fois qu'il n'est pas occasionné par la faute du capitaine abordé : et encore, dans ce dernier cas, doit-il etre à la charge des assureurs, quand ils se sont chargés de la baraterie de patron ; sauf, dans tous les cas, leur recours contre qui de droit.

(4) *Changement forcé*, etc. Si le changement est volontaire, appliquez l'art. 351. On regarde, au surplus comme forcé, le changement de route causé par la juste crainte d'un naufrage, d'un échouement, de l'ennemi,

etc., si le navire a été tellement incommodé par des coups de mer, qu'il ait fallu gagner un port, pour le faire radouber, etc.

Mais, s'il y a doute, le changement doit-il être présumé forcé? Je ne le pense pas. Le changement forcé de route, etc., suppose toujours un fait précédent, d'où est résultée la nécessité du changement; et c'est à celui qui allègue un fait, à le prouver. *Secùs*, dans l'abordage, qui ne suppose point de fait précédent, et qui arrive le plus fréquemment par coups de mer. Or, la présomption est toujours *de eo quod plerumque fit.*

(5) *Jet.* Pour connoître l'obligation de l'assureur en cas de jet, il faut distinguer : si les objets assurés ont été jetés, l'assuré peut en faire le délaissement à l'assureur, qui est tenu de lui payer la somme entière assurée, sauf son recours sur ce qui revient à l'assuré dans la contribution. S'ils sont sauvés, il doit indemniser l'assuré de ce qu'il paie pour sa part dans la contribution.

On pourroit objecter contre cette dernière décision, que l'on ne doit pas prendre pour base, vis-à-vis des assureurs, le règlement d'avarie, attendu que, dans ce règlement, on estime les marchandises suivant leur valeur au lieu de la décharge, (*art.* 415 *et* 417), tandis que, vis-à-vis des assureurs, l'évaluation se fait toujours au prix du lieu du chargement, puisque le profit espéré ne peut être la matière d'une assurance. Il paroît cependant que, dans l'usage, le règlement d'avarie sert de base à l'égard des assureurs, qui ne sont pas lésés par là, dit Émérigon, *chap.* 12, *sect.* 44, § 2, parce que l'augmentation proportionnelle de valeur que l'on donne aux effets jetés et aux effets sauvés, opère une juste balance.

(6) *Feu*, même mis exprès par le capitaine, quand il n'y a pas d'autre moyen d'éviter la prise; ce qui se présume toujours, jusqu'à preuve contraire.

Quid, s'il est prouvé que le feu a été mis sans motif?

S'il n'y a pas de faute du capitaine, ni de l'équipage, les assureurs sont tenus quand même il seroit prouvé qu'il a été mis par les passagers. Sinon, ils ne sont tenus, qu'autant qu'ils se sont chargés de la baraterie de patron.

Quid, si le feu est mis par ordre supérieur, par exemple, en temps de peste? Les assureurs sont tenus.

Quid, si des marchandises s'échauffent et prennent feu? C'est une avarie provenant du vice de la chose; les assureurs n'en sont pas tenus, sauf convention contraire. (Émérigon, *ch.* 12, *sect.* 9, § 2).

(7) *Prise*, juste ou injuste, par des pirates, des ennemis, des neutres, et mêmes des alliés; et ce, quand même le navire auroit été, depuis, relâché; sauf ce qui sera dit plus bas, note (2) de la page 229.

Quid, si le navire est pris, parce qu'il s'est écarté de l'escorte? Si l'écart a été forcé, l'assureur est tenu dans tous les cas. S'il a été volontaire, il faut distinguer: si la police portoit que le navire marcheroit sous escorte, par le fait seul de l'écart le voyage assuré est rompu, les assureurs sont déchargés, et ils gagnent la prime. Il en est de même si, après un écart forcé, le capitaine pouvant rejoindre l'escorte, ne l'a pas fait. S'il n'a rien été stipulé par la police, l'écart, même volontaire, est étranger aux assureurs.

(8) *Pillage*. Le pillage diffère de la prise, en ce qu'il est fait par des pirates, c'est-à-dire, par de simples particuliers, non munis de lettres de marque.

Quid, en cas de vol? D'abord, le vol de terre n'étant pas un risque maritime, l'assureur n'en est pas tenu. Quant au vol de mer, si c'est à main armée, c'est pillage, et l'assureur en est tenu. Si c'est vol simple, sans violence, on présume, jusqu'à preuve contraire, qu'il est arrivé par la faute du capitaine ou de l'équipage: (*C. C. art.* 1784). Et en conséquence, l'assureur n'est tenu qu'autant qu'il s'est chargé de la baraterie de patron.

(9) *Arrêt par ordre de puissance.* Ce qui doit s'entendre, en général, après le voyage commencé. Auparavant, les risques ne sont pas à la charge des assureurs. Cependant, si l'assurance est sur facultés, et que le chargement soit effectué au moment de l'arrêt, comme à l'égard des marchandises, les risques courent du jour qu'elles ont été embarquées, (*art.* 341), les assureurs sont tenus.

Quid, s'il y a confiscation? Il faut distinguer : si elle est injuste, les assureurs en sont tenus dans tous les cas. Si elle est juste, les assureurs ne sont tenus qu'autant que la confiscation a eu lieu par ordre d'une puissance étrangère, et que la police fait mention de la circonstance qui y a donné lieu. Il faut observer, à ce sujet, qu'en cas de guerre, si la police porte que l'assurance est faite *pour le compte de qui il appartient*, cette énonciation suffit pour faire connoître aux assureurs qu'il y a simulation dans le chargement, qui paroît alors fait au compte d'un neutre, tandis qu'il appartient réellement à un sujet d'une des puissances belligérantes. Si donc la fraude est découverte, et qu'il y ait prise ou confiscation, les assureurs en sont tenus. (Emérigon, *chap.* 12, *sect.* 20, § 2).

Quid, si la confiscation est pour cause de contrebande? Il faut, comme nous l'avons dit, distinguer : s'il s'agit de contrebande prohibée par les lois de France, non seulement l'assurance est nulle, mais encore les assureurs peuvent être poursuivis comme complices, s'ils avoient connoissance de la fraude. Mais s'il s'agit seulement de contrebande prohibée par les lois étrangères, ce qu'on nomme, en termes de marine, *interlope*, l'assurance est valable, si l'assureur est présumé en avoir eu connoissance au moment du contrat. (*Voir une consultation d'*Emérigon, *rapportée par* Valin *à la suite de son commentaire sur l'art.* 49 *de l'Ordonnance*).

Quid, si la confiscation a lieu par défaut des papiers nécessaires? Il y a faute du capitaine, et l'assureur

n'est tenu, qu'autant qu'il s'est chargé de la baraterie de patron. *Idem*, si c'est pour non paiement des droits.

(10) *Déclaration de guerre, représailles.* Ces deux expressions sont assez ordinairement synonymes. Cependant elles diffèrent, en ce que les représailles n'ont ordinairement lieu que de la part de la puissance attaquée, lorsque le souverain accorde à ceux de ses sujets, dont les navires, ou autres effets, ont été pris ou arrêtés par des sujets des autres états, des lettres qui leur donnent la faculté de s'indemniser de ce qui leur a été induement enlevé.

Remarquez que l'assureur n'a pas le droit de demander une augmentation de prime, pour raison de la déclaration de guerre survenue depuis la signature de la police, même avant le risque commencé. Il pouvoit prévoir ce cas, et stipuler une augmentation, soit précise, soit d'une manière générale, sauf à en faire déterminer la quotité par les tribunaux, ainsi qu'il est dit art 343.

La même disposition s'applique à la diminution qui pourroit être prétendue par l'assuré, pour raison de la conclusion de la paix survenue depuis le contrat. EMÉRIGON, *chap.* 3 *sect.* 4.

(11) *Fortunes de mer.* On appelle ainsi tous dommages qui arrivent sur mer à la chose assurée, et qui sont en général à la charge des assureurs, sauf les modifications apportées par la loi ou par les conventions des parties.

(12) On peut excepter par la police tel risque que l'on veut, ce qui s'exprime par ces mots, *franc de tel risque*, et alors l'assureur est tenu de tous les risques, excepté de celui prévu.

(13) VALIN, sur l'art. 47, observe avec raison, que cette clause appliquée à d'autres voyages que ceux du petit cabotage, est vraiment exorbitante, et qu'il seroit

même à désirer qu'elle n'existât pas, pour plusieurs raisons; la première, c'est qu'elle détruit en grande partie la substance du contrat d'assurance; et la seconde, c'est que *invitat ad delinquendum*. En effet, un navire assuré avec cette clause, échoue. Avec des soins et du travail, il pourroit être relevé. Le capitaine se gardera bien de le faire, parce que, s'il le relève, il n'aura pas d'action contre les assureurs; au lieu que s'il reste échoué, il aura l'action d'avarie, ou pourra délaisser.

Page. 219.

(1) Mais c'est à l'assureur à prouver que le dommage provient du fait de l'assuré. Dans le doute, il est présumé résulter d'une fortune de mer. Observez que, malgré que le contrat d'assurance soit susceptible de toutes sortes de clauses, on ne peut néanmoins y insérer celle que l'assureur sera tenu du fait de l'assuré. Tout contractant doit être tenu de ses faits; et toute clause contraire seroit censée contre les bonnes mœurs. Il est évident, dit POTHIER, n° 65, que je ne peux pas valablement convenir avec quelqu'un, qu'il se chargera des fautes que je commettrai, et d'ailleurs, *pacta non sunt servanda, quæ ad delinquendum invitant*. L. 5, § 1, ff. *de pact. dotal.*

Quid, si la faute provient du fait du commissionnaire ou du préposé de l'assuré? L'assureur n'est pas tenu. Mais pourroit-on stipuler qu'il le seroit? VALIN, sur l'art. 27, prétend que non. ÉMÉRIGON, *chap.* 12, *sect.* 2, § 2, est d'avis contraire. Il est vrai qu'il se contredit quelques pages plus bas: (*sect.* 5, § 2). Mais sa première opinion paroît consacrée par l'art. 353, qui permet de stipuler que l'assureur sera chargé de *la baraterie de patron*, sans distinguer si le capitaine est ou non, du choix de l'assuré. *Voyez* la note (3) ci-dessous.

(2) L'assureur seroit-il tenu des faits du pilote lamaneur? Oui; ce pilote ne fait pas partie de l'équipage. Il en faut dire autant des passagers. L'article n'excepte que le capitaine et l'équipage.

Quid, en cas de révolte de l'équipage qui refuse de continuer la route? Il faut distinguer: si c'est vraiment révolte par insubordination, il y a *baraterie*, et l'assureur n'est pas tenu, *nisi convenerit*. Mais si, par juste crainte de prise ou de naufrage, l'équipage refuse de continuer la route, c'est une fortune de mer dont l'assureur est tenu.

Quid, en cas de désertion? Il n'y a point de distinction: c'est toujours *baraterie*.

Nota. La clause qui met à la charge de l'assureur *la baraterie de patron*, est devenue, pour ainsi dire, de style dans les polices. Cependant elle ne seroit pas suppléée dans celles où elle seroit omise.

(3) *Quid*, si la police n'a pas prévu le cas de *la baraterie*, et que le bâtiment ne revienne pas, l'assureur peut-il prétendre que c'est la faute du capitaine qui a donné lieu à la perte? Oui; mais il est tenu de le prouver; la présomption est pour l'opinion contraire. *Dolus non prœsumitur*.

Quid, si l'assuré est armateur du navire, et qu'en cette qualité, il ait choisi le capitaine? ÉMÉRIGON, *chap.* 12, *sect.* 3, § 2. prétend que, dans ce cas, la clause est inutile, attendu que l'armateur étant lui-même tenu des faits du capitaine, l'assureur pourroit à son tour exercer un recours contre lui. Or, *eum quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*.

Je réponds d'abord qu'ÉMÉRIGON professe lui-même, comme nous l'avons dit, une opinion contraire deux pages plus haut, (*sect.* 2), où voulant prouver contre VALIN, que l'assureur peut être chargé par une clause particulière du fait des préposés de l'assuré, il cite, à l'appui de cette opinion, l'art. 28 de l'Ordonnance,

qui est répété dans notre article 555 et ajoute : *l'Ordonnance considère le maître et les mariniers comme les préposés de l'assuré, lorsqu'elle décide que l'assureur n'est pas tenu de leur fait* : et cependant elle permet de l'en charger par une clause particulière.

Je réponds ensuite à la raison donnée par Emerigon, que l'armateur est bien tenu des faits du capitaine vis-à-vis des tiers auxquels ce dernier a causé du dommage ; mais qu'il ne s'en suit pas de là qu'il ne puisse se faire garantir des pertes que les faits du capitaine pourront lui occasioner. C'est un véritable cautionnement de la bonne conduite du capitaine, que souscrit l'assureur, et pour lequel il ne peut certainement avoir de recours contre l'assuré. Pothier lui-même, n° 65, est de cette opinion, puisqu'il prétend que la clause seroit valable, quand même le capitaine seroit le fils de l'armateur.

Remarquez que, quand la clause existe, l'assureur, en indemnisant l'assuré du dommage causé par le fait du capitaine, est subrogé en tous ses droits et actions contre le capitaine lui-même.

(4) Il y a changement de route, quand la destination n'est pas changée, mais qu'on y va par une route qui n'est pas celle ordinaire. L'assuré peut, au surplus, stipuler la faculté de changer de route, par exemple, par la clause de faire échelle, qui est devenue également de style, et à laquelle on peut ajouter celles de *dérouter*, et même de *rétrograder*.

(5) Il y a changement de voyage, quand la destination est changée. Observez que la clause de faire échelle, même de dérouter et de rétrograder, permet bien de changer de route, mais non pas de changer de voyage : mais la clause de pouvoir naviguer partout, est légitime. Elle se fait ordinairement pour un temps limité ;

et elle diffère des autres, en ce qu'il n'y a pas d'indication de voyage.

(6) Quand même le vaisseau subrogé seroit aussi bon, et même meilleur que l'autre, et quand même le premier vaisseau auroit péri en faisant le voyage assuré. (*Arg. tiré de l'art.* 361).

(7) *L'assurance est annullée.* J'ai substitué cette rédaction à celle de l'art., parce qu'il sembleroit résulter de cette dernière que, lorsqu'il y a changement de route, etc., il n'y a que les risques provenant du changement qui ne soient pas à la charge de l'assureur, lequel resteroit chargé de tous les autres, tandis qu'au contraire, la déviation rompt le contrat, tellement que, quand même le navire reprendroit postérieurement la route désignée par la police, les risques qui surviendroient, ne seroient pas davantage à la charge des assureurs.

(8) Ne fût-ce qu'un instant. L'assurance est, sur ce point, de droit très-strict.

(9) Il s'agit ici du cas où, le voyage assuré étant commencé, le navire, arrivé à la hauteur du lieu désigné par la police, est envoyé dans un port plus éloigné. Par exemple, le navire est assuré pour l'île de France; après avoir doublé le Cap, le capitaine fait voile pour l'Inde. L'assureur est déchargé des risques, et gagne la prime. S'il eût péri avant d'avoir doublé le Cap, l'assureur auroit été tenu, quand même il prouveroit que l'intention du capitaine étoit d'aller dans l'Inde. Il en seroit autrement si le navire, au départ, avoit pris ses expéditions pour l'Inde. Dans ce cas, le voyage assuré n'auroit jamais commencé, et il y auroit lieu au ristourne, c'est-à-dire à l'annullation de l'assurance, sans prime, sauf l'indemnité de demi pour cent.

Mais dans ce dernier cas, la nullité pourroit-elle être demandée par l'assuré? Je pense qu'oui, d'après l'article 349 : l'on peut dire que le voyage assuré a été rompu.

(10) Mais que doit-on entendre par *voyage raccourci?* Est-ce le cas où le navire prend, au départ, ses expéditions pour un endroit plus rapproché, mais sur la même route que celui désigné par la police? Non. Dans ce cas, le voyage assuré est rompu, et il y a lieu au ristourne. (ÉMÉRIGON, *chap.* 15, *sect.* 11). Il faut donc entendre le cas où la cargaison est prise en route par ordre d'une puissance qui en paie la valeur; ou le navire déchargé dans un port désigné simplement comme lieu d'échelle, etc.

Quid, si l'assurance est pour une somme moindre que la valeur du chargement; par exemple de 1,000 fr. sur un chargement de 3,000 fr.; que le capitaine, qui a la permission de faire échelle, décharge en route les deux tiers du chargement, et que le surplus périsse; la décharge profite-t-elle à l'assureur et à l'assuré, en proportion de leurs intérêts respectifs? Ou bien, l'assureur sera-t-il tenu de rembourser la somme entière de 1,000 francs? Nous avons traité cette question relativement au contrat à la grosse, dans la note (5) de la page 201, et nous déciderons, par analogie, avec VALIN et ÉMÉRIGON, qu'il suffit qu'il y ait dans le navire, au moment du sinistre, une valeur égale à la somme assurée, pour que l'assureur soit tenu de ladite somme en totalité.

(11) Il faut cependant excepter le cas où la prime seroit fixée à raison de tant par jour ou par mois que dureroit le voyage. Il est clair que, dans ce cas, le raccourcissement du voyage diminueroit la prime.

Page 220.

(1) *Quid*, si cette énonciation n'existe pas? Je pense que l'assurance a son entier effet à l'égard du ou des navires sur lesquels il y a quelque chose de chargé. Il en est de même s'il est dit dans la police, *sur tel, ou tel navire.*

(2) *Quid*, si des objets, tous assurés, mais destinés pour plusieurs navires, sont mis dans une seule gabare pour être transportés à bord, et que la gabare vienne à périr? VALIN, sur l'art. 52, et EMÉRIGON, (*chap.* 6, *sect.* 6, § 3), sont d'avis que l'assureur est tenu de la totalité. Le Guidon de la mer (*chap.* 13, *art.* 1er), étoit d'avis contraire, et pensoit que l'assureur n'étoit tenu que jusqu'à concurrence de la plus forte valeur qui devoit être chargée sur l'un des navires. J'adopterois volontiers l'avis des deux premiers. La disposition de l'art. 361 est de droit très-strict. Elle ne doit donc pas être étendue. Or, l'article ne parle pas de gabares, mais de vaisseaux, c'est-à-dire de bâtimens chargés de porter des marchandises à leur destination définitive.

(3) L'assurance sur les autres vaisseaux est nulle par défaut de chargement; et elle est nulle dans l'intérêt, tant de l'assuré que de l'assureur, c'est-à-dire que l'assuré peut en demander la nullité, en cas d'heureuse arrivée, comme l'assureur le peut également, en cas de perte.

(4) C'est principalement cette disposition qui prouve combien l'assurance est de droit strict.

(5) Voir à ce sujet ce que nous avons dit dans la note (4) de la page 209.

Quid, si l'assurance est sur un corsaire, et pour tant de jours de course? On ne compte pas les jours de re-

lâche, dont le capitaine doit en conséquence tenir une note exacte. Si cependant le navire périssoit dans une relâche, par fortune de mer, l'assureur seroit tenu de la perte. Car, comme dit ÉMÉRIGON (*chap.* 13, *sect.* 1re, § 5), la starie suspend bien le temps fixé par la police, mais ne suspend pas les risques. Les parties sont censées être convenues que l'assureur seroit tenu de tous les accidens qui arriveroient au corsaire, pendant le temps qu'il mettroit à faire tant de jours de course : le tout, sauf convention contraire.

Observez que, si l'assurance est à tant de prime par mois, la prime de chaque mois est acquise du premier jour du mois, parce que les risques sont commencés pour le mois.

(6) Et ce, quand même la navigation auroit été retardée par force majeure, comme tempête, arrêt de prince, chasse de l'ennemi, etc., sauf convention contraire. ÉMÉRIGON (*chap.* 13, *sect.* 1, § 1.)

Page 221.

(1) *Quid*, si les marchandises chargées sont déchargées et remises à terre dans le lieu du chargement? Si l'assurance est sur facultés, il n'y a pas de doute que la prime ne soit acquise. Mais le risque est-il fini? Et peut-on les recharger sous la même assurance? ÉMÉRIGON (*chap.* 13, *sect.* 12, § 1er), pense, avec raison, qu'il faut distinguer : si le déchargement a eu lieu sans nécessité, on présume le voyage rompu après le départ, et, en conséquence, le risque est fini, et la prime est gagnée. Il en est de même, si l'assurance est sur le corps, et que le navire qui a mis à la voile, revienne volontairement au lieu du départ.

Mais si le retour ou le déchargement sont occasionés par une tempête, par la crainte des ennemis, ou parce que le navire a été pris pour un service public, on re-

garde cet événement comme une relâche forcée, et l'assurance reprend son cours, si le voyage s'effectue.

(2) C'est ce qu'on appelle la clause de *faire échelle*. D'après la jurisprudence constante, attestée par ÉMÉRIGON (*chap.* 13, *sect.* 8, § 2), elle a pour effet que, si le capitaine relâche dans un port, y vend une partie de son chargement, et y achète d'autres marchandises qu'il charge en remplacement, celles-ci sont subrogées aux premières, et sont, en conséquence, aux risques des assureurs.

(3) ÉMÉRIGON (*chap.* 12, *sect.* 47, § 2), propose cette espèce qui ne pourroit avoir lieu actuellement, mais dont la décision pourroit s'appliquer à des cas analogues. Un navire, assuré avec son chargement, est à la côte de Guinée, occupé à charger des nègres. Pendant l'embarquement, il survient une tempête qui force le navire de dérader, et de s'élever, pour éviter d'être jeté à la côte. On abandonne sur le rivage quatre-vingt-neuf nègres. Les assureurs du chargement sont-ils tenus de cette perte? ÉMÉRIGON décide que non : et avec raison. Mais est-ce parce que le sinistre est arrivé à terre? Je ne le pense pas. Car, quand le risque de terre est, comme ici, une suite nécessaire du risque de mer, il me semble que l'assureur doit en être tenu. Si des objets étoient volés à terre pendant une tempête qui retarderoit le chargement, je conçois que l'assureur n'en doit pas être tenu, parce qu'alors la tempête n'est que la cause occasionelle de la perte : c'est le vol qui en est la cause immédiate. Mais dans l'espèce, c'est bien la tempête qui a été la cause unique et immédiate de la perte. Le seul motif donc pour lequel, dans l'espèce, les assureurs ne sont pas tenus, c'est que les quatre-vingt-neuf nègres n'ayant point encore été embarqués, n'ont pas été soumis au risque, et n'ont pu, en conséquence, faire la matière de l'assurance. Il en seroit donc autrement, s'ils avoient été débarqués dans un lieu d'échelle, par

exemple, pour faire radouber le navire, et que le déradement eût eu lieu, au moment où ils alloient être rembarqués.

(4) Ou si, en temps de guerre, on a prévu le cas de paix, et qu'on ait stipulé une diminution.

Quid, s'il y a des hostilités commises sans déclaration de guerre? Dans l'intention des parties, les hostilités ont le même effet que la guerre déclarée, et par conséquent l'augmentation de prime doit avoir lieu.

(5) *Quid*, s'il n'a pas été fait de stipulation à cet égard? Nous avons vu ci-dessus, note (10) de la page 218, que l'on ne pouvoit exiger aucune augmentation, et que, réciproquement, la paix survenant, on ne pouvoit demander aucune diminution des primes stipulées en temps de guerre.

Page 222.

(1) Voir des formules de police, dans ÉMÉRIGON, chap. 2, sect. 3.

(2) *Par écrit.* Mais l'écrit n'est exigé ici que pour preuve, et non comme solemnité. Appliquez à la forme extérieure de la police, tout ce que nous avons dit relativement à l'acte de prêt à la grosse. Il paroît au surplus qu'il n'est pas d'usage de faire les polices doubles. L'art. 1325 du Code Civil ne s'applique pas aux matières commerciales. On n'en fait qu'un original, qui est remis à l'assuré; et les assureurs reçoivent une note signée par le courtier, contenant la qualité des risques, et le taux de la prime. Mais en cas de différence entre la note et la police, il est clair que c'est cette dernière qui doit faire foi. (ÉMÉRIGON, *chap.* 2, *sect.* 4, § 7.) Cependant je ne dois pas dissimuler qu'un arrêt de la Cour d'Aix, du 23 novembre 1813, a annullé une police sur le motif qu'elle n'étoit pas faite double, et a même jugé

qu'elle ne constituoit pas un commencement de preuve par écrit. (SIREY, 1814 ; 2e p., p. 209.) On s'est pourvu, et le pourvoi a été rejeté le 19 décembre 1816. (*Ibid.* 1817 ; 1re p., p. 255.)

(3) Comme il peut être passé devant notaire, ou, chez l'étranger, devant le chancelier du consulat.

Observez que, si celui qui signe le premier la police, ajoute, avant de signer, quelque clause dérogatoire à celles contenues dans le corps de l'acte, ceux qui signent après lui, même purement et simplement, sont censés avoir signé avec les mêmes modifications. (VALIN, *sur l'art.* 3, et ÉMÉRIGON, *chap.* 2, *sect.* 4, § 2).

(4) *Avant ou après midi.* Cette disposition a pour objet l'exécution de l'art. 366.

(5) *Toute réticence*, même non frauduleuse. Il suffit qu'elle influe sur l'opinion du risque. Ainsi, on a jugé à Aix, le 8 octobre 1815, qu'une assurance étoit nulle, par cela seul que l'assuré avoit caché à l'assureur les bruits qui couroient sur le sort du navire, dans le lieu du domicile de l'assuré (SIREY, 1816 ; 2.e p., p. 117).

(6) *Toute fausse déclaration*, quand même cette déclaration rouleroit sur des choses que l'assuré n'étoit pas obligé de déclarer, si toutefois elles ont pu déterminer l'opinion de l'assureur. Ainsi, on n'exige pas dans les polices l'énonciation du nombre d'hommes et de canons : mais si l'énonciation a eu lieu, et qu'elle soit fausse, l'assurance est nulle dans l'intérêt de l'assureur. C'est le cas d'appliquer ce brocard de droit : *expressa nocent ; non expressa non nocent.*

(7) *Annullent l'assurance*, dans l'intérêt de l'assureur. Il est évident que l'assuré, en cas de retour heureux, ne peut exciper de son dol ou de sa faute, pour se dispenser de payer la prime.

Y auroit-il lieu à l'indemnité de demi pour cent? Je ne le pense pas. Je crois qu'on peut établir, à cet égard, en principe général, que l'indemnité ne doit avoir lieu, que quand l'assurance est nulle dans l'intérêt des deux parties : mais quand la cause de la nullité est telle, qu'elle ne peut être invoquée que par l'assureur, ce dernier est trop heureux d'avoir en sa faveur la chance de gagner la prime, s'il y a heureux retour, et de ne point perdre son capital, en cas de sinistre.

(8) L'assurance est nulle ici par défaut de consentement de l'assureur. Le risque est de la substance de l'assurance. Il y a erreur sur le risque. Or, l'erreur sur la substance de la chose annulle le consentement. (*C. C.*, *art.* 1110.)

(9) On pouvoit anciennement faire assurer *pour compte de qui il appartiendra*. Le pourroit-on encore aujourd'hui? Je pense qu'oui. L'article ne dit pas *le nom de l'assuré*, mais le *nom de celui qui fait assurer*. Mais lorsque l'assurance est faite pour compte de qui il appartiendra, il faut toujours qu'il existe un connoissement relatif à l'assurance, et au nom de celui au profit duquel l'assurance se trouve faite en définitif. Ainsi, je fais assurer 10,000 fr. *pour compte*, *etc.* Je remets la police à Jacques. Il y a sinistre. Jacques, en exhibant un connoissement qui prouve qu'il y avoit pour 10,000 fr. de marchandises chargées pour son compte dans le navire, est fondé à réclamer le bénéfice de l'assurance. Mais aussi, s'il y a heureux retour, celui qui a fait assurer, ne peut demander le ristourne, sous prétexte qu'il n'avoit rien fait charger. Car si le navire eût péri, il auroit eu le droit d'appliquer l'assurance à toute marchandise dont il eût montré le connoissement au compte de qui que ce fût. (ÉMÉRIGON, *chap.* 11, *sect*, 4, § 2 et 3).

L'assurance *pour compte*, *etc.*, est nécessaire, sur-

tout en temps de guerre, pour masquer la propriété du chargement.

Peut-on assurer les effets appartenant aux ennemis? Non; sur quelques navires qu'ils soient chargés, même sur des neutres, si toutefois dans ce dernier cas, il y a preuve que les parties savoient que les objets appartenoient à l'ennemi. Il en est autrement chez les Anglois, qui, dans nos guerres, assuroient nos chargemens; ce qui n'empêchoit pas l'Amiranté angloise de déclarer de bonne prise les chargemens assurés.

(10) Cette énonciation peut être importante, non pas relativement à l'obligation de payer la prime, comme nous l'allons voir tout à-l'heure, mais parce qu'il peut en résulter quelque différence dans l'opinion du risque. Ainsi, dans un moment de guerre entre l'Espagne et l'Angleterre, un Français fait assurer des marchandises. Il ne dit pas qu'il agit comme commissionnaire d'un Espagnol. Il est certain que cette déclaration étoit de nature à influer sur l'opinion du risque; et que, le sinistre arrivant, l'assureur peut demander la nullité, quand même l'objet de la réticence n'auroit influé en rien sur le dommage, par exemple, dans le cas de naufrage, échouement, etc., en alléguant qu'il n'eût pas assuré, s'il eût su que les marchandises appartenoient à un sujet d'une des puissances belligérantes.

Quant à l'obligation de payer la prime, observez que, dans l'usage du commerce, l'assureur n'est censé, sauf convention contraire, connoître que celui qui intervient au contrat, commissionnaire ou non; soit qu'il ait dit, ou non, qu'il agissoit pour le compte d'autrui; soit qu'il ait nommé ou non, la personne pour qui il a agi.

Page 223.

(1) Il est clair que cela peut influer sur l'opinion du risque : ainsi il faut désigner la qualité du navire, si

c'est une barque, une tartanne, un trois-mâts, etc.; s'il est armé en course; en course et en marchandise, etc. Cependant, si l'identité est constante, l'erreur dans le nom du navire n'annulleroit pas l'assurance. (ÉMÉRIGON, *chap.* 6, *sect.* 1re).

(2) Il peut y avoir moins de risque avec tel capitaine qu'avec tel autre. Cependant, on peut se dispenser de faire cette énonciation, qui n'est pas de l'essence de l'acte, comme l'est celle du navire : (ÉMÉRIGON, *chap.* 7). Lorsque le nom du capitaine est désigné, l'assureur ne peut se plaindre du changement qui a eu lieu par nécessité. Dans tous les cas, pour éviter les discussions, après le nom du capitaine, on a coutume d'ajouter, *ou autre pour lui*. On peut alors changer sans nécessité, et sans l'aveu des assureurs, pourvu que le nouveau capitaine ne soit pas tel que le risque puisse s'en trouver augmenté; par exemple, s'il étoit sujet d'une puissance actuellement en guerre.

(3) C'est ce que les auteurs appellent l'assurance *in quovis*. Mais il faut au moins indiquer la partie du monde où doit se faire le chargement. Il est clair qu'il peut en résulter plus ou moins de risque. (VALIN, sur l'art. 4.)

(4) On peut même se dispenser de les désigner, en stipulant d'une manière générale la clause de faire échelle.

Il y a aussi les voyages en caravanne, qui ont lieu, quand un capitaine se frète pour un port, où, étant arrivé, il décharge, se frète de nouveau pour un autre port, et ainsi de suite, jusqu'à son retour dans le port du départ. Quoique tout cela fasse une infinité de petits voyages, cependant, relativement à l'assurance, ils ne forment tous qu'un voyage unique. Mais il est rare que, dans ce cas, l'assurance ne se fasse pas pour un temps limité, après lequel le risque est fini, sauf au propriétaire, à se faire assurer sur nouveaux risques.

De même, dans le petit cabotage, quand l'assurance est faite pour un temps limité, il est possible, comme nous l'avons vu, que le navire revienne plusieurs fois au port du départ, sans que le risque soit fini pour cela.

(5) On peut se contenter de dire qu'on fait assurer telle somme sur les facultés de tel navire. Il suffit alors qu'au moment du sinistre, il y ait une pareille valeur, en marchandises, ou même en argent, chargée sur le navire, pour le compte de l'assuré.

(6) Cette qualité des marchandises augmente le risque.

(7) Mais même, lorsque la nature de ces objets est désignée, comme il y a toujours un coulage naturel, on a coutume de passer une certaine quantité aux assureurs. En conséquence, quand le coulage ou la diminution n'excède pas cette quantité, on ne peut leur rien demander. Elle est fixée dans l'usage, savoir :

Pour les voyages d'Amérique et autres de ce genre, de 12 à 15 pour cent sur les liquides; 13 à 14 pour cent sur les sucres bruts; 10 à 20 pour cent sur les indigos, suivant qu'ils ont été chargés plus ou moins secs.

Pour les voyages moins longs, comme ceux de la Méditerranée, ou dans les mers septentrionales, de 3 à 4 pour cent sur les liquides.

Et pour le cabotage, de 2 à 5 pour cent.

Mais si le coulage réel excède celui accordé par l'usage, l'assureur est-il tenu de tout le coulage, ou simplement de l'excédant? Il sembleroit juste qu'il ne fût tenu que de l'excédant. C'est aussi l'opinion de POTHIER, n° 66, et d'EMERIGON, *chap.* 12, *sect.* 9, § 2. Cependant VALIN, sur l'art. 31, prétend qu'il y avoit à La Rochelle un usage contraire. Mais je doute qu'il prévalût.

(8) Comme dans le cas de l'art. 357.

Page 224.

(1) C'est la durée de ce temps qui constitue ce que l'on appelle *le voyage assuré*, qui peut être, comme nous l'avons dit, différent du voyage effectif.

Quid, s'il est dit, *de sortie de tel port, jusqu'aux îles françaises, avec la clause de faire échelle*; le navire relâche, à la Martinique par exemple; il y décharge une partie de ses marchandises, et va de là au Cap français, pour y décharger le reste ? Le risque est-il fini à la Martinique ou au Cap ? Le risque dure jusqu'à l'endroit où le navire est entièrement déchargé, ou à peu-près. Dans l'espèce, la Martinique est censée lieu d'échelle. (EMERIGON, *chap.* 15, *sect.* 18, § 5).

(2) Cependant l'assureur peut s'engager à payer, en cas de perte, la valeur de la chose assurée, d'après l'estimation qui en sera faite. De même, en cas d'assurance sur la liberté des personnes, il peut s'engager à payer la somme qui sera nécessaire pour le rachat. Mais il est plus commode de déterminer d'avance la somme à payer par l'assureur.

(3) *La prime*. On l'appelle ainsi, parce qu'anciennement elle se payoit lors de la signature de la police, *primò*, *avant tout*. Elle peut cependant se payer au retour. On fait aussi des billets que l'on appelle *billets de prime*, et qui n'opèrent point novation, c'est-à-dire, que l'assureur conserve pour le paiement de ses billets, le même privilége qu'il auroit eu pour le paiement de la prime, pourvu, toutefois, que la police porte *quittance en un billet*. Car, si la quittance étoit pure et simple, il y auroit novation, et le privilége seroit perdu.

Le mot *prime* vient aussi de ce qu'elle se paie avant tout, dans le sens qu'elle est toujours acquise à l'assureur, quoi qu'il arrive; tellement que, en cas de sinis-

tre, si la prime n'est pas payée, l'assureur la déduit du montant de la somme assurée.

Quid, si la police ne dit rien sur l'époque du paiement de la prime? Elle doit être payée sur-le-champ, sauf les dispositions des usages locaux.

Observez que la prime peut consister, soit dans une somme d'argent, soit dans tout autre objet, soit dans une partie aliquote de la somme assurée, si elle arrive à bon port : dans ce dernier cas, le pacte renferme un double contrat, celui d'assurance et celui de société.

Pourroit-on faire un contrat d'assurance sans prime? Non; ce ne seroit plus une assurance, mais une donation. Il faut cependant excepter le cas, où c'est l'affréteur qui assure le navire. Il est censé, dans ce cas, l'avoir affrété à meilleur marché.

(4) Il n'en est donc pas de ce contrat, comme des sociétés de commerce, à l'égard desquelles l'arbitrage est forcé.

(5) Pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux dispositions prohibitives du Code, par exemple, à l'art. 347, et pourvu qu'elles n'altèrent pas la substance du contrat, par exemple, si elles détruisoient le risque.

Pourroit-on faire une police d'assurance à ordre? On le pouvoit sous l'Ordonnance, qui étoit muette à cet égard, comme le Code. Je penserois d'autant plus volontiers que cela se peut encore aujourd'hui, que le Code permet expressément de faire les billets à la grosse, à ordre, ou au porteur, ce que ne disoit pas l'Ordonnance. Il paroît même, d'après les formules, qu'on pouvoit faire les polices au porteur : (ÉMÉRIGON, *chap.* 18, *sect.* 2, § 1).

Page 227.

(1) *Quid*, s'il y a sinistre, et que le risque soit fini, avant que l'assuré connoisse la faillite? Comme la ré-

siliation du contrat est de pure faculté pour l'assuré, il ne la demandera pas, dans l'espèce. Il aimera encore mieux être colloqué dans l'état des créanciers, pour le montant de la somme assurée. Mais, s'il doit encore la prime, ne pourra-t-il pas demander la même réduction, qu'il est obligé de souffrir sur le capital? Oui; ou, ce qui est la même chose, le montant de la somme assurée se trouve, par la compensation, diminué de plein droit du montant de la prime, et la réduction n'a lieu que sur l'excédant. Ainsi, la somme assurée est de 20,000 fr., la prime est de 1000 fr. Il y a perte, dans la faillite, de 50 pour cent. On déduit la prime, des 20,000 fr.: reste 19,000 fr. pour lesquels l'assuré vient à contribution, et reçoit 9500 fr.

(2) Ceci est une conséquence de l'art. 1184 du Code Civil, qui porte, que la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques parfaits, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera pas à son engagement.

(3) Si toutefois la prime n'est pas payée. Car, si elle l'est, l'assureur n'a plus rien à demander. Je pense aussi, par argument de ce qui est dit dans la note précédente, que l'assureur pourroit, même hors le cas de faillite, et pour défaut de paiement de la prime au terme fixé, demander la résolution du contrat. (ÉMÉRIGON, *chap.* 3, *sect.* 7, § 1).

(4) *Tous les avis*, même quand ils ne seroient pas certains. Il vaut mieux en signifier de faux, que d'en omettre de vrais. Le but de cette disposition est de mettre l'assureur à portée d'empêcher la perte, si cela est possible, ou d'opérer le sauvetage.

(5) Il est étonnant que la loi n'ait prononcé aucune peine contre l'assuré négligent. Dans tous les cas, aux termes de l'art. 1382 du Code Civil, il n'est pas dou-

teux qu'il ne soit tenu des dommages-intérêts de l'assureur, lesquels viendront en déduction de la somme réclamée par l'assuré.

Page 229.

(1) Les parties pourroient-elles convenir que le délaissement aura lieu dans d'autres cas, ou qu'il n'aura pas lieu dans quelques-uns des cas déterminés par l'article? Je ne vois rien qui s'y oppose. Il n'y a, dans ces conventions, rien de contraire à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs.

(2) *Prise. Quid*, si la prise est relâchée de suite? VALIN, *sur l'art.* 46, et POTHIER, n° 118, pensent que l'action en délaissement est ouverte à l'assuré, par le fait seul de la prise, et que nul événement postérieur ne peut l'en priver. ÉMÉRIGON, *chap.* 12, *sect.* 18, § 4, avoue que la jurisprudence est conforme à cette opinion. Mais il paroît l'embrasser à regret. Il désireroit que ce cas fût assimilé à celui de l'échouement simple, et que, si le navire pris venoit à recouvrer sa liberté, soit par la recousse, soit par les forces de l'équipage, soit par rachat, soit par un jugement qui le relâche, il n'y eût point lieu à l'action en délaissement, mais seulement à l'action d'avarie, au moyen de laquelle il est pourvu suffisamment à l'intérêt des assurés. Il paroît résulter des articles 385 et 396 du Code, que l'on a entendu approuver l'avis d'ÉMERIGON.

1°. En effet, l'art. 396 décide bien formellement que le fait seul de la prise ne donne pas, dans le cas du rachat, ouverture au délaissement, puisque l'assureur peut l'empêcher, en offrant de prendre la composition à son compte, et qu'alors, les effets rachetés continuent d'appartenir à l'assuré, et d'être aux risques de l'assureur. Mais il faut, dans tous les cas, que les objets soient revenus au pouvoir de l'assuré, avant le délais-

sement. Car, une fois qu'il est signifié, et accepté ou jugé valable, l'assureur est devenu propriétaire, et le retour du navire ne peut le dispenser de payer la somme assurée : (*art.* 385).

2.° Ce même art. 385 semble également prouver que la reprise du navire avant la signification du délaissement, doit empêcher qu'il n'ait lieu, puisqu'il n'oblige indispensablement l'assureur au paiement de la somme assurée, qu'autant que le retour n'a lieu qu'après la signification du délaissement.

Quid, si le navire est recous dans les vingt-quatre heures ? La solution de cette question est la même que pour la précédente : et il faut décider, en conséquence, que l'assuré ne peut délaisser, mais seulement intenter l'action d'avarie, pour se faire rendre par l'assureur le tiers qu'il est obligé de payer au capitaine qui a fait la recousse.

Observez, 1°, que le tiers n'est dû, qu'autant que le navire qui a recous, est un bâtiment du commerce : mais que, si la reprise est faite par un bâtiment de l'état, il est dû à l'équipage repreneur, seulement le trentième de la valeur de la reprise, si elle a été faite avant les vingt-quatre heures ; et le dixième, si c'est après les vingt-quatre heures : et ce, outre les frais relatifs à la reprise et à la restitution, lesquels sont, dans tous les cas, à la charge des propriétaires.

Observez 2° que, si le navire, sans être recous, est abandonné par les ennemis, ou si, par tempête ou autre cas fortuit, il revient en la possession des Français, avant d'avoir été conduit dans un port ennemi, il doit être rendu au propriétaire, quoiqu'il ait été plus de vingt-quatre heures entre les mains de l'ennemi, pourvu, toutefois, qu'il soit réclamé dans l'an et jour.

3° Enfin, que les navires et effets des Français ou alliés, repris sur les pirates, et réclamés dans l'an et jour de la déclaration qui en aura été faite, doivent être rendus aux propriétaires, en payant le tiers de la valeur du navire et des marchandises, pour frais de recousse : (*art.*

54, 55 et 56, *de l'Arrêté déjà cité, du 2 prairial an* 11).

(3) *Naufrage*. On entend, par ce mot, la perte du navire, lorsque, dans une tempête, il est englouti, ou lorsqu'il frappe sur des bancs ou des rochers, contre lesquels il se brise. Le naufrage diffère de l'échouement, qui a lieu le plus souvent à la côte, lorsque le navire, ne trouvant pas assez d'eau pour se soutenir, est obligé de toucher au fond de la mer, et y demeure arrêté.

Remarquez que le naufrage donne lieu au délaissement, quand même il y auroit sauvement postérieur. Le fait seul du naufrage donne ouverture à l'action. Par exemple, un navire qui est près de la côte, fait une voie d'eau qu'on ne peut boucher. Il submerge. On peut délaisser, quand même on parviendroit à vider le navire, et à le remettre à flot. Ce cas est d'ailleurs bien différent de celui du navire pris et relâché. Le naufrage, même avec sauvement postérieur, produit toujours des avaries considérables, qui n'ont pas toujours lieu en cas de prise.

(4) Nous avons vu, dans la note précédente, ce que l'on doit entendre par échouement. Mais le simple échouement ne suffit pas. Il faut qu'il soit accompagné du brisement du navire. C'est pour cela que le Code a ajouté ces deux mots, *avec bris*, qui n'existoient pas dans l'Ordonnance. On a suivi, en cela, l'opinion de VALIN, sur l'art. 46. Il en résulte que, comme nous le verrons par la suite, s'il n'y a que simple échouement, et que le navire puisse être relevé, il n'y a pas lieu au délaissement, mais seulement à l'action d'avarie : (*art.* 389). Cette disposition confirme la décision que nous avons donnée pour le cas de prise.

Quid, s'il n'y a pas eu bris, mais que dans le lieu de l'échouement, le capitaine ne puisse faire radouber le navire, par défaut de matériaux ou d'ouvriers? Alors il

y a innavigabilité par fortune de mer, et le délaissement peut avoir lieu.

Je conçois que le naufrage ou l'échouement avec bris, donnent lieu au délaissement du navire. Mais donneroient-ils lieu également au délaissement du chargement, s'il n'y avoit perte ni détérioration des trois quarts? ÉMÉRIGON est d'avis de l'affirmative : (*chap.* 17, *sect.* 2, §. 5). VALIN, sur l'art. 46, est d'avis contraire. Cependant il avoue que l'usage est opposé à son opinion. Je pense que l'avis d'ÉMÉRIGON ne doit être suivi, que dans le cas où il n'est pas possible de trouver de navire pour recharger les marchandises : (*Argument tiré de l'art* 394).

(5) *Innavigabilité*, déclarée et prononcée, comme nous le verrons plus bas.

(6) *Par fortune de mer. Secùs*, si c'est par le vice du navire. Mais, dans le doute, quelle cause présumera-t-on? Il faut distinguer : s'il y a eu certificat de visite au départ, le cas fortuit est présumé. Dans le cas contraire, on présumera le vice du navire, et l'assureur sur le corps est déchargé : (*Argum. tiré des art.* 225 *et* 228, *et de la Déclaration du* 17 *août* 1779, *art.* 4). Mais l'assureur sur facultés, le sera-t-il? Non. Mais on appliquera les dispositions des articles 390 et suivans.

(7) Après les délais fixés par l'art. 387.

(8) *Après le voyage commencé.* Avant le commencement du voyage, il n'y a pas lieu au délaissement, puisque les risques ne sont pas encore commencés. Mais remarquez que par le mot *voyage*, il faut entendre ici le voyage assuré. C'est pour cela que l'article n'a pas dit, *avant le départ*, parce que, au moins pour ce qui concerne le chargement, le voyage assuré commence avant le départ du navire. Si donc le navire est arrêté par ordre du gouvernement avant le départ, mais après le

chargement, les marchandises chargées peuvent être délaissées, mais non le navire. C'est l'avis d'ÉMÉRIGON, *chap.* 12, *sect.* 30, § 6.

(9) Si, toutefois, la perte ou la détérioration provient d'un accident maritime, du nombre de ceux rapportés dans l'art. 350.

Quid, si j'ai fait assurer trois ballots de valeur à peu près égale, que deux périssent entièrement, et que le troisième n'éprouve aucune avarie, pourrai-je délaisser? Non, si les trois ballots ont été assurés par la même police : il n'y a point perte des trois quarts. Mais s'il y a eu trois polices, je pourrai délaisser les deux ballots perdus.

(10) Pour donner une idée de la différence qui existe, dans l'intérêt de l'assureur, entre l'action d'avarie et le délaissement, je vais poser une espèce.

Un navire a été assuré pour un voyage à Saint-Domingue, aller et retour, et pour la somme de 60,000 f., prix de l'estimation. Arrivé aux attérages de Saint-Domingue, il échoue; mais il est relevé. Le dommage causé par l'échouement peut être réparé avec 3,000 fr. Par l'action d'avarie, l'assuré ne peut exiger de l'assureur que cette somme. S'il avoit la faculté de délaisser, il pourroit exiger de lui la somme totale de 60,000 fr. A la vérité, l'assureur deviendroit propriétaire du navire, et pourroit réclamer le fret gagné pour l'aller. Mais d'abord, il faut qu'il fasse une avance de 60,000 fr. En second lieu, il lui reste un navire qui est à Saint-Domingue, et qui, attendu le dommage et la détérioration causés par le voyage, vaut peut-être à peine 40,000 fr. Quant au fret, il est possible qu'il n'y en ait pas; que le navire ait été très-peu chargé pour l'aller, parce que le propriétaire comptoit sur les retours; que les marchandises n'aient pas été sauvées, etc. D'où il résulte, qu'en général, le délaissement est toujours plus préjudiciable à l'assureur que l'action d'avarie.

C'est pour cela que la loi a déterminé expressément les cas, dans lesquels l'assuré a le droit de faire le délaissement. (*Voyez* cependant ci-après, note (1) de la page 239, un cas dans lequel il peut être au contraire plus avantageux à l'assuré, d'agir par l'action d'avarie, que de délaisser.)

Page 230.

(1) C'est-à-dire, que si, par exemple, il a été assuré 2,000 fr. sur un chargement de 6,000 fr., et que, sans qu'il ait été fait en route aucun déchargement, l'objet assuré éprouve pour 1,500 fr. d'avarie, l'assureur en supportera le tiers, et le surplus sera supporté par l'assuré, le tout, en prenant pour base la valeur des marchandises au lieu du chargement, sans considérer ce qu'elles auroient valu à l'arrivée. Le profit espéré n'entre jamais en compte.

J'ai dit, *sans qu'il ait été fait en route*, etc., parce que, ainsi que nous l'avons vu précédemment, les déchargemens faits en route profitent uniquement à l'assuré; et il suffit qu'il existe, au moment du sinistre, une valeur égale au montant de la somme assurée, pour que l'assureur soit tenu de la totalité. Si la valeur restant excède la somme assurée, l'assureur est tenu à proportion. Ainsi, dans l'espèce, si un tiers du chargement a été déchargé en route, l'assureur sera tenu pour moitié de la somme assurée, et ainsi de suite.

(2) *Et ce, quand même*, etc. J'ai ajouté ces mots, pour faire voir que le principal motif de la disposition finale de l'art. 409 a été de détruire l'opinion de ceux qui prétendoient que quand la clause, *franc d'avaries*, existoit, l'assuré ne pouvoit que délaisser, et ne pouvoit pas intenter l'action d'avarie, parce que, disoient-ils, l'effet de la clause est d'exclure cette action. Cela est vrai dans les cas où il ne peut y avoir lieu qu'à l'action

d'avarie. Mais lorsque le sinistre est majeur, la clause est considérée, sous certains rapports, comme non avenue; et l'assuré peut, à son choix, délaisser, ou intenter l'action d'avarie.

Je dis *sous certains rapports*, parce que cette clause peut avoir effet, même dans le cas du délaissement, par exemple; si, avant le sinistre majeur, la chose assurée a essuyé quelque avarie qui ne fût pas de nature à donner lieu au délaissement, l'assureur n'en est pas tenu. En conséquence, on ne considérera la valeur de la chose que déduction faite de la diminution qu'elle avoit éprouvée par suite de l'avarie antérieure. Soit, par exemple, un objet assuré pour 20,000 fr., montant de sa valeur au départ : il éprouve d'abord une avarie qui n'est pas de nature à donner lieu au délaissement, et qui en diminue la valeur de 4,000 fr. Survient ensuite un sinistre majeur. L'assuré délaisse. Si la clause, *franc d'avaries*, n'eût pas existé, l'assureur eût été tenu de payer la somme entière de 20,000 fr. Mais au moyen de ce que, par l'effet de cette clause, il n'est pas tenu de l'avarie antérieure, on ne pourra exiger de lui que la somme de 16,000 fr.

Page 231.

(1) Soit en argent comptant, soit le plus souvent en une lettre de change que le capitaine pris tire sur son armateur, à l'ordre du capteur; laquelle doit être payée, quand même le navire seroit péri depuis.

(2) Il seroit à désirer que la loi eût prononcé une peine contre l'assuré négligent.

(3) *Et dans les vingt-quatre heures. Quid*, si l'assureur et l'assuré ne demeurent pas dans le même port? Je pense qu'il faudroit ajouter un jour par deux myriamètres et demi. (*Argum. tiré de l'art.* 165.)

(4) Il a le choix, mais bien entendu dans le cas où la

composition a été faite à son insu. Car, s'il y a consenti, *putà*, s'il étoit sur le navire, il est clair qu'il ne peut refuser de la prendre à son compte.

(5) *Sans délai.* Ceci doit s'entendre, d'après ce qui suit, *d'après les termes de la convention.* Car, si l'assuré a un délai, il est clair que l'assureur doit en profiter.

(6) *A proportion de son intérêt*, et d'après le mode déterminé par l'art. 304. Pour juger des chances que l'assureur peut avoir à courir, il est nécessaire de présenter une espèce.

Une prise est faite et rachetée, corps et facultés, moyennant 50,000 fr. Le chargement est assuré pour 40,000 fr., montant de sa valeur au départ. Mais il en vaudra 60,000 au lieu de la décharge. Le navire vaut 100.000 fr., et le fret 20,000; ce qui donne, pour la moitié du navire et du fret, 60,000 fr. Total de la masse qui doit contribuer au rachat, 120,000 fr. Les marchandises assurées formant la moitié de cette somme, doivent payer la moitié de la contribution. Si donc, l'assureur prend la composition à son profit, il sera tenu de payer 25,000 f. Et, si l'on suppose maintenant que le chargement périsse par fortune de mer, postérieurement au rachat, il sera en outre tenu de payer la somme entière assurée, montant à 40,000 fr. Total de ce qu'il aura payé dans ce cas, 65,000 fr.

Si, au contraire, l'assureur eût refusé la composition, il en auroit pour 40,000 fr. Mais aussi, dans la première hypothèse, si le chargement n'eût pas péri, il n'eût eu à payer que 25,000 fr. Il ne paie le surplus, que par l'effet d'un accident postérieur et entièrement étranger à la prise. Le premier risque est censé fini au moment de la prise; et un second est censé avoir commencé pour lui, du moment de la déclaration qu'il a faite, qu'il entendoit prendre la composition à son profit.

Émérigon (*chap.* 12, *sect.* 21, § 9), trouve ce système injuste, en ce que les assureurs paient le rachat, et que, si le navire arrive à bon port, le bénéfice du chargement est pour l'assuré seul; ce qui est contraire, dit-il, aux principes du contrat d'assurance, qui a pour but d'empêcher l'assuré de perdre, mais jamais de lui procurer un bénéfice. Aussi prétendoit-il que, lorsque l'assureur déclaroit prendre la composition à son profit, il devenoit propriétaire des objets assurés, en remboursant la part de l'assuré dans le rachat, et le montant de la somme assurée. Mais le Code n'a pas adopté cette opinion. Il a préféré celle de Pothier, n° 135.

Au surplus, la disposition de cet article prouve bien évidemment que le fait seul de la prise ne donne pas ouverture au délaissement.

(7) Et ce, quelle que soit la somme pour laquelle les effets ont été rachetés. Dès qu'il ne veut pas accepter le rachat, c'est à son égard, *res inter alios acta*. La chose est censée prise pour ce qui le concerne, et il est tenu de la payer. Seulement, dans ce cas, l'assuré n'est pas obligé de remplir les formalités du délaissement : c'est la seule circonstance où l'on puisse demander à l'assureur la somme totale assurée, sans être obligé de délaisser. Si d'ailleurs l'assureur prétend que la prise a été faite induement, il n'a d'autre ressource que de poursuivre le capteur en restitution de la somme payée pour le rachat.

(8) Qui ne sont plus à ses risques.

Page 232.

(1) Si l'assuré délaisse, il est censé avoir travaillé au sauvetage, comme *negotiorum gestor* de l'assureur. Mais l'assureur peut-il, dans ce cas, refuser de payer la somme assurée, sous le prétexte que l'assuré ou le capitaine n'ont

pas fait ce qu'ils ont dû pour le sauvetage? Non; il doit d'abord payer, sauf à réclamer ensuite : (*Argum. tiré de l'art.* 384). Autrement, ce seroit un moyen de chicane et de retard, qu'on ne manqueroit pas d'employer d'autant plus volontiers, qu'il pourroit entraîner des délais fort longs.

(2) *Et sur son affirmation*, mais toujours sauf le cas de fraude alléguée et prouvée.

(3) Il est, comme nous l'avons dit, *negotiorum gestor* de l'assureur. Mais, d'après la loi 10, § 1, ff. *de negot. gest.*, le *negotiorum gestor* ne peut réclamer ses frais, qu'autant qu'il a géré utilement. Or, ce n'est pas gérer utilement, de la part de l'assuré, que de dépenser pour le sauvetage, plus que la valeur des objets sauvés. Dans ce cas, l'assureur peut donc lui abandonner les effets sauvés, pour le rembourser des frais de sauvetage.

On dira peut-être, qu'il n'est pas exact de comparer l'assuré à un simple *negotiorum gestor*. Celui-ci se présente volontairement pour gérer les affaires d'autrui; il doit être traité moins favorablement que l'assuré, auquel la loi impose l'obligation de travailler au sauvetage. Mais l'on a considéré que l'assureur se trouve déjà dans une position assez fâcheuse, et qu'il ne falloit pas l'aggraver, en l'exposant à des frais considérables, causés par l'impéritie ou l'indiscrétion de l'assuré.

(4) On entend des nouvelles vraies, ou au moins vraisemblables, et non pas des nouvelles vagues et indéterminées. Il n'importe, au reste, par qui elles aient été reçues, par l'assureur, l'assuré, ou tout autre.

Quid, si l'assurance a été faite depuis le départ du navire? Le délai n'en court pas moins du jour du départ, ou des dernières nouvelles.

(5) Mais l'assuré n'est dispensé que de l'attestation de

la perte. Il est tenu de se conformer à toutes les autres conditions, de justifier du chargement, de déclarer les assurances et les prêts à la grosse, etc.

(6) Remarquez que l'assureur ne peut se dispenser de payer, quand même le bâtiment reviendroit avant le paiement, si toutefois le délaissement a été fait valablement dans le principe. (*art.* 385.)

Page 233.

(1) *Espèce :* Un chargement expédié pour un voyage de long cours, est assuré pour un an. L'on n'en a point de nouvelles depuis le départ. Quoiqu'il faille attendre deux ans pour faire le délaissement, la perte n'est pas moins censée arrivée dans le temps des risques, c'est-à-dire, dans la première année. Cette disposition est conforme à l'avis de VALIN, sur l'art. 58. Elle est d'ailleurs fondée sur les mêmes principes que la disposition du Code Civil, d'après laquelle l'absent, qui ne reparoît pas, est censé mort du jour de sa disparution ou de ses dernières nouvelles : (*art.* 120 *dud. Code*). Il en est de même du vaisseau qui ne revient pas. Si l'assureur prétend que la perte est arrivée après le temps des risques, *excipiendo fit actor*, c'est à lui à prouver.

(2) On a suivi à peu-près l'opinion de VALIN, sur les art. 46 et 60, contraire à celle d'EMÉRIGON, *chap.* 17, *sect.* 6, § 2.

Page 234.

(1) *Quid*, si le délaissement est fait avant les délais ? Je pense qu'il est nul. Mais comme ces délais sont établis dans l'intérêt de l'assureur seul, je pense aussi qu'il n'y a que lui qui puisse demander la nullité.

(2) *Le capitaine*, ainsi que les assurés s'ils sont présens. Les assureurs peuvent également faire leurs diligences pour le même objet, s'ils sont à portée de le faire.

(3) *Est tenu.* C'est une obligation, ainsi que le pensoit ÉMÉRIGON, *chap.* 12, *sect.* 16, § 6; et non une faculté, comme l'ont faussement prétendu VALIN, art. 11, *du fret*, et après lui, POTHIER, *charte-partie*, *n.°* 68.

(4) Cela est tout simple. L'assureur est tenu des risques, pertes et dommages, résultant du changement forcé de vaisseau. (*art.* 350.)

Page 235.

(1) *Quid*, si le navire est arrêté pour contrebande? Nous avons dit plus haut qu'il falloit distinguer : si l'arrêt est fait par le gouvernement françois, pour contrebande prohibée par les lois françoises, l'assuré n'a pas d'action, quand même la police en contiendroit la stipulation expresse. Ce seroit un acte contre les lois, qui n'auroit d'autre effet que de rendre l'assureur complice du délit de contrebande. Mais, si l'arrêt a lieu de la part d'une puissance étrangère, pour contrebande prohibée par elle, les assureurs en sont tenus, s'ils ont eu une connoissance suffisante de la chose, lors de la signature de la police. La raison de différence est que, pour tout ce qui est de droit positif, le François n'est pas absolument obligé de se conformer aux lois étrangères. Quand il est dans un pays, le Prince a le droit de le punir, s'il contrevient à ses lois. Mais hors du pays, et relativement aux discussions qui peuvent s'élever entre François, les lois étrangères sont indifférentes.

Quid, si le Prince prend les effets de la cargaison? Ou il les paie leur valeur, ou non. Dans le premier cas, l'assureur sur le chargement ne doit rien. Dans le se-

cond, il doit la différence de ce qui a été payé, avec la valeur réelle : mais qu'entend-on, par leur valeur? Emérigon, *chap.* 12, *sect.* 33, prétend qu'il suffit, pour que l'assuré n'ait pas d'action, que le prix payé égale la valeur primitive, augmentée de la prime, du nolis, et autres frais. Cette opinion est juste. Le profit espéré ne peut jamais faire la matière du contrat d'assurance.

(2) On a ajouté avec raison cette fixation qui n'existoit pas dans l'Ordonnance. Il en résultoit que l'assuré retardoit le délaissement tant qu'il vouloit, en ne faisant pas la signification.

(3) *Est tenu*, d'après les principes du droit naturel, qui veulent qu'on fasse le bien de son prochain, toutes les fois qu'on le peut, sans se nuire à soi-même. Il y a donc obligation pour l'assuré : et s'il néglige de la remplir, il en est responsable envers l'assureur.

(4) Mais aux frais de l'assureur.

(5) *Quid*, s'il obtient la main-levée? Si les marchandises ont éprouvé quelque dépréciation ou détérioration, il agira contre l'assureur par l'action d'avarie. Il pourra même agir pour raison du simple retard.

(6) *L'assureur peut.* Cela est, et doit être facultatif pour l'assureur, puisqu'il s'agit de son intérêt.

Page 236.

(1) Ainsi ce n'est point la distance du lieu de la prise que l'on considère, mais celle du lieu où la prise a été conduite.

Quid, s'il y a doute si c'est prise ou arrêt du Prince? Le cas est embarrassant, à cause de la différence des délais. Mais il cesseroit de l'être, si l'on adoptoit la doctrine que nous avons établie, que le fait seul de la prise ne

donne pas ouverture au délaissement, tellement que, si le navire est postérieurement relâché, l'assuré doit se contenter de l'action d'avarie. D'après cela, il est bien évident que les délais du délaissement ne devroient courir que du jour où il n'y auroit plus d'espérance d'obtenir la relâche. Si la jurisprudence contraire s'établissoit, je pense que, dans le cas où il y auroit vraiment doute, il faudroit commencer par faire le délaissement comme pour le cas de prise; puis le renouveler après les délais fixés par l'art. 387, pour le cas de l'arrêt. De cette manière, l'un ou l'autre seroit valable.

(2) Pourquoi les délais varient-ils en raison de l'éloignement, puisqu'ils ne courent pas du moment ou l'événement est arrivé, mais du moment où l'assuré en a reçu la nouvelle? C'est qu'il n'est pas indifférent pour l'assuré de délaisser, puisqu'en délaissant, il ne recouvre que ses déboursés, et qu'il perd tout ce qu'il auroit pu gagner sur l'objet assuré. Il faut donc qu'indépendamment de la connoissance de la perte, il ait le temps de prendre des renseignemens sur l'état des objets assurés, afin de savoir s'il y a de l'avantage pour lui à délaisser, ou à intenter simplement l'action d'avarie. Or, il est clair que ce temps doit varier en raison de l'éloignement du lieu où la perte est arrivée, ou la prise conduite. (*Voyez ci-après la note* (1) *de la page* 239).

Page 237.

(1) Le Code ne contient pas formellement cette disposition. L'art. 387 fixe bien le délai avant lequel le délaissement ne peut être fait dans le cas de l'arrêt, mais il ne détermine pas également le délai après lequel il ne peut être fait dans le même cas. Mais nous avons inféré cette disposition, par analogie, des articles 373 et 375.

(2) Mais il se présente ici une difficulté. Les délais portés par l'art. 373 varient en raison de la distance du lieu de la perte. Or, *quid juris*, dans le cas proposé, où l'on n'a pas de nouvelles du bâtiment, et où par conséquent l'on ne peut savoir où il a été perdu ? Je pense qu'il faut prendre pour base les dernières nouvelles, et supposer le navire péri dans l'endroit où il étoit à l'époque desdites nouvelles, comme on suppose l'absent mort du moment de ses dernières nouvelles. (*Argument tiré de l'art.* 376).

Quid, si l'on n'a pas de nouvelles depuis le départ? Il faut le supposer péri au départ.

(3) Ainsi, par exemple, en cas de prise, et quelle que soit l'espérance de restitution, l'assuré ne peut délaisser, sous la condition qu'il reprendra l'objet, s'il est restitué. Un tel délaissement seroit nul, quand même il contiendroit l'offre de payer l'intérêt de la somme remboursée par l'assureur. Mais je pense que le délaissement pourroit être révoqué pour erreur de fait, si, par exemple, l'assuré avoit été trompé par de fausses nouvelles, et que le navire n'eût éprouvé, dans le fait, aucun sinistre majeur.

(4) Ainsi, par exemple, si l'assurance est faite sur une partie de sucres, l'assuré ne peut retenir les bariques sauvées, et délaisser celles perdues. Il faut qu'il les délaisse toutes, ou qu'il se contente de l'action d'avarie. Il en seroit de même, s'il avoit fait assurer diverses sortes de marchandises, par exemple, des sucres et des indigos, par la même police. Mais s'il y a deux polices, quand même il y auroit identité d'objets, d'assuré, d'assureur, et de prime, l'assuré peut néanmoins délaisser les objets contenus dans une police, et garder les autres. Il en seroit de même, quand il n'y auroit qu'une seule police, si les objets avoient été assurés, chacun pour une somme particulière. Par exemple : je fais assurer des sucres et des indigos par la même police; mais je fais assurer telle somme sur les sucres, et telle

somme sur les indigos : je puis, le sinistre arrivant, retenir l'un des objets, et délaisser l'autre.

Cette règle s'applique également au cas où l'assurance a été faite par la même police, *sur corps et facultés*. Si les sommes assurées sur chaque objet sont distinctes, on peut délaisser le corps et garder le chargement, ou *vice versâ* : *secùs*, si le tout a été assuré confusément pour une somme unique. C'est l'avis d'EMERIGON, *chap.* 17, *sect.* 8, § 1.

Mais remarquez que cette disposition ne s'applique qu'aux objets qui se trouvoient dans le navire au moment du sinistre. Quant à ceux déchargés en route, dans le cas où la police contient la clause de faire échelle, l'assureur n'a rien à y réclamer, pourvu toutefois qu'il soit resté dans le navire, une valeur égale au montant de l'assurance. Sinon, l'assuré ne peut délaisser que les objets restés, et ne peut réclamer qu'une somme égale à la valeur desdits objets, comparée au montant de l'assurance. *Espèce*. Un chargement de valeur de 30,000 fr., a été assuré au départ pour cette somme, avec la clause de faire échelle. La prime a été stipulée à dix pour cent, et n'a pas été payée. Un tiers des marchandises a été déchargé en route. Il y a sinistre majeur pour le surplus. Au moment du déchargement intermédiaire, le risque a fini pour l'assureur, jusqu'à concurrence du tiers du chargement. L'assuré ne peut donc réclamer que les deux tiers de la somme assurée, c'est-à-dire, 20,000 fr., de laquelle déduisant la prime entière de 3000 fr., reste 17,000 fr. dont l'assureur est tenu.

Si, au lieu de supposer le déchargement du tiers en route, nous avions supposé qu'il n'a été chargé au départ qu'une valeur de 20,000 fr., il en résulteroit une légère différence, parce qu'il y auroit alors ristourne pour 10,000 fr. Dans ce cas, l'assureur devroit également 20,000 fr. Mais il y auroit à déduire sur cette somme,

1.° La prime à dix pour cent, sur 20,000 fr. seulement, montant à 2000 fr.

2.° Demi pour cent sur 10,000 fr., ou 50 fr. Total des déductions, 2050 fr.; reste à payer 17,950 fr.

Mais *quid*, si ce n'est point le chargement entier, ni un objet particulier du chargement qui ait été assuré, mais une partie aliquote, par exemple, le tiers, le quart? Il est bien certain, que l'assuré n'est pas obligé de délaisser tout le chargement, mais seulement une part proportionnée à la quote assurée, c'est-à-dire, le tiers, le quart, etc.; et il entrera en répartition avec l'assureur sur la valeur des objets sauvés, au marc le franc, chacun en proportion de son intérêt.

Quid, dans cette espèce? Un navire est expédié de France pour les Colonies, avec faculté de faire échelle. On assure le chargement entier au départ, à prime liée pour l'aller et le retour, et pour une valeur de 30,000 fr., qui est sa valeur réelle; le navire fait échelle, vend son chargement avec un tel avantage qu'il rachète des marchandises pour une valeur de 60.000 fr. Il y a sinistre majeur dans le trajet du port de l'échelle aux Colonies. Cependant la moitié environ de la cargaison est sauvée : l'assuré est-il obligé de délaisser tout ce qui est sauvé? Non, mais seulement la moitié: et en voici la raison. On ne peut, à la vérité, faire entrer en ligne de compte le profit espéré. Mais il faut bien prendre garde que le chargement assuré, qui valoit 30,000 fr. au départ, s'étant vendu réellement en route, une somme de 60,000 fr., les 30,000 fr. de bénéfice ne sont plus un profit espéré, mais un profit acquis, qui appartenoit à l'assuré sans aucune charge, dont il pouvoit disposer, et dont il pouvoit même faire l'objet d'une seconde assurance. Il ne l'a pas fait. Il est devenu, en quelque sorte, par là, son propre assureur, et il doit entrer en répartition avec l'assureur, chacun en raison de son intérêt respectif. C'est l'avis de VALIN, sur l'art 47 de l'Ordonnance. Il est évident qu'il en seroit autrement, si, dans la même espèce, la moitié du char-

gement, au lieu d'avoir péri, avoit été déchargé en route. Il est certain que, dans ce cas, la totalité de ce qui reste dans le navire devroit être délaissée à l'assureur, par la même raison qu'il a été décidé précédemment, qu'il suffit, pour que l'assureur soit tenu de la somme entière assurée, qu'il reste dans le navire une valeur égale à ladite somme.

(5) *Quid*, si le fret a été payé d'avance, avec la clause de non restitution en cas de sinistre, pourra-t-il être réclamé par l'assureur? Oui; mais toujours jusqu'à concurrence seulement de ce qui seroit dû pour les marchandises sauvées, de sorte que, s'il n'y a rien de sauvé, l'assuré ne doit aucun rapport. Le clause de restitution, convenue entre le chargeur et le capitaine, est à l'égard de l'assureur, *res inter alios acta*, dont il ne peut exciper : et comme elle ne lui porte aucun préjudice, puisqu'en cas de sauvetage, il peut exiger le fret comme si elle n'existoit pas, de même il ne peut en tirer aucun avantage.

J'ai dit que cette clause ne porteroit aucun préjudice à l'assureur. Ce n'est pas que l'on ne pût prétendre avec fondement que le fret a été fixé plus bas à raison de la clause. Mais aussi je pense, avec VALIN, sur l'art. 15, que l'assureur peut réclamer le fret, dans le cas où il est dû, non pas sur le pied de la convention, mais d'après le taux du commerce pour les objets de même nature.

Quid, à l'égard du fret réellement gagné, par exemple, celui des marchandises déchargées en route? C'est toujours un fruit du navire; je pense qu'il doit faire partie du délaissement. C'est l'avis d'ÉMÉRIGON, (*chap.* 17, *sect.* 9). Par l'assurance, l'assureur est mis à la place de l'assuré, *comme si assuré ne fût*, disent les formules, c'est-à-dire, comme si la navigation eût été depuis le commencement du risque, étrangère à l'assuré. Donc le fret des marchandises déchargées en route,

qui est un fruit de cette navigation, doit être délaissé à l'assureur. A la vérité, l'art. 6 de la Déclaration du 17 août 1779 décidoit que ce fret ne faisoit pas partie du délaissement, à moins de stipulation formelle. Mais c'est précisément parce que cette disposition, qui paroît contraire aux principes du contrat d'assurance, n'est pas répétée dans le Code, que je la crois abrogée.

Quid, à l'égard des prises faites par le corsaire assuré? Comme ce sont encore plus les fruits de la bravoure de l'équipage, que du navire, et qu'il importe d'ailleurs d'encourager la course. ÉMÉRIGON, (*chap.* 17, *sect.* 10), pense qu'elles ne doivent pas faire partie du délaissement.

Pourroit-on convenir que le fret ne fera pas partie du délaissement? L'art. 6 de la déclaration du 17 août 1779 le permettoit formellement. Le Code n'en a point parlé; et comme cette convention me paroît contraire à l'essence du contrat d'assurance, en ce qu'elle tend à faire de ce contrat un moyen de bénéfice pour l'assuré, je ne pense pas qu'elle doive être admise.

(6) Ils sont également privilégiés sur le corps et sur le fret: (*art.* 271). Mais ils ne concourent point; ils sont payés les premiers: (*art* 191, *au* 6°).

(7) Ces frais sont présumés avoir augmenté la valeur du navire. Ils doivent donc venir immédiatement après les loyers des matelots: (*Même art.*, *au* 7°). Remarquez que, dans l'art. 386, l'ordre des priviléges est dérangé. En effet, celui des matelots vient le premier, seul, et sans concours. Ensuite celui des frais et dépenses, aussi sans concours; et enfin, celui des prêteurs à la grosse, qui concourent avec les assureurs.

(8) Les prêteurs à la grosse sont privilégiés sur le fret et sur le corps du navire: (*art.* 320). Mais ils concourent avec les assureurs: (*art.* 331). (*Voir* à ce sujet les notes (4), (5) et (6) de la page 204).

Page 238.

(1) On ne parle que du chargement, parceque l'existence du navire n'a pas ordinairement besoin d'être constatée; il ne peut y avoir difficulté que sur l'estimation. Cependant on peut voir dans ÉMÉRIGON, (*chap.* 11, *séct.* 1, § 2), une affaire dans laquelle il fut prouvé que le navire désigné dans la police, n'existoit pas.

(2) *Et de sa valeur*, au moins jusqu'à concurrence de la somme assurée.

Pourroit-on stipuler dans la police que l'assuré ne sera pas tenu de justifier du chargé? VALIN, sur l'art. 57, est d'avis que ce pacte est illicite, attendu qu'il tend, suivant lui, à faire dégénérer l'assurance en gageure. ÉMÉRIGON, (*chap.* 11, *sect.* 8), est d'avis contraire. Il observe que cette clause ne dispense pas l'assuré du chargement, mais seulement de la preuve du chargement; qu'il n'y a rien d'illicite dans la convention, qu'on s'en rapportera à la bonne foi d'une des parties; que, d'ailleurs, si l'assureur exige le serment de l'assuré, celui-ci ne peut se dispenser de le prêter; enfin, que cette clause n'ôte point à l'assureur le droit de prouver que le chargement n'a pas eu lieu. Je préférerois l'avis d'ÉMÉRIGON, fondé sur ce que tous les jours, le demandeur peut déclarer qu'il s'en rapporte au serment du défendeur.

L'assuré est-il obligé de prouver sa propriété? Non. Il seroit trop dangereux de fournir aux assureurs ce moyen d'échapper au paiement, ou de le retarder. D'ailleurs, nous avons vu que dans l'assurance, même faite par commission, l'assureur ne connoît que celui qui fait assurer.

(3) C'est-à-dire, que le chargement se prouve par le connoissement, les factures, les expéditions des

douanes, la correspondance, et quelquefois aussi par la déclaration du capitaine; et le sinistre, par les attestations de l'équipage, les procès-verbaux des officiers des ports qui ont fait procéder au sauvetage, les consulats ou rapports vérifiés du capitaine : le tout à l'arbitrage du juge.

(4) Ainsi, on peut faire le délaissement avant d'avoir fait signifier ces actes. Mais on ne peut poursuivre le paiement qu'après les avoir signifiés, sans, cependant, que le délai de trois mois accordé à l'assureur se trouve, pour cela, prolongé, pourvu toutefois que les actes soient signifiés avant l'expiration des trois mois.

(5) C'est-à-dire, qu'il peut être admis à prouver, ou que les objets n'étoient pas chargés dans le navire au moment du sinistre, ou qu'ils n'ont pas éprouvé l'événement pour lequel l'assuré a déclaré faire le délaissement. Ce sont là les seules preuves contraires auxquelles il peut être admis.

(6) Autrement, il dépendroit de l'assureur de retarder le paiement, en allongeant la procédure, au lieu que, de cette manière, il a intérêt de l'accélérer. L'on sait d'ailleurs combien il est avantageux dans le commerce, de recevoir promptement ses fonds. Mais cette disposition ne s'applique qu'au cas où le montant de la somme due par l'assureur est constant et liquide. Car, s'il y a incertitude, par exemple, si l'assuré a un intérêt dans les effets sauvés, il faudra bien attendre que la liquidation soit faite, pour que la condamnation puisse avoir lieu.

Valin, sur l'art 61, prétend qu'il faut entendre cet article, dans le sens que l'admission à la preuve n'empêche pas le juge de condamner l'assureur au paiement, mais non pas dans le sens que le juge soit absolument tenu de le condamner, s'il y a, par exemple, forte présomption de fraude. Cela me paroît assez juste.

Page 239.

(1) Pourquoi donne-t-on à l'assuré le droit de faire cette réserve? Il semble, au premier coup d'œil, que le délaissement ne peut nuire qu'à l'assureur, et que, par conséquent, ce n'étoit que dans son intérêt qu'il convenoit d'établir une réserve : (*Note* (10) *de la page* 229). Il faut dire, cependant, qu'il peut se trouver des cas dans lesquels il seroit très-préjudiciable à l'assuré, de délaisser. Ainsi, par exemple, un chargement pour l'Inde, valant 30,000 fr. au départ, a été assuré en France, pour cette somme. Arrivé dans l'Inde, il vaudra 60,000 fr. Le vaisseau échoue et se brise aux atterages. Si l'assuré délaisse le chargement, l'assureur en deviendra propriétaire, en payant la somme assurée, c'est-à-dire, 30,000 fr. Cependant il arrive que tout le chargement est sauvé avec peu d'avarie, tellement que l'assureur en retire 50,000 fr. nets. Il fait donc 20,000 fr. de bénéfice; tandis que, si l'assuré n'eût pas délaissé, et se fût contenté d'intenter l'action d'avarie, il auroit vendu son chargement 50,000 fr., au lieu de 30,000 fr. qu'il a reçu seulement de l'assureur; et il se fût fait, en outre, rembourser les frais d'avarie. Il est donc très-important, pour l'assuré, de connoître, avant de délaisser, la véritable situation de l'objet. Cependant, d'un autre côté, il est obligé de signifier, dans les trois jours, les avis qu'il reçoit. Voilà pourquoi on lui permet, ou de délaisser par le même acte, ou de se réserver de faire le délaissement dans les délais fixés par la loi, c'est-à-dire, ceux fixés par l'art. 373.

Quid, s'il se contentoit de faire la signification, sans délaisser, ni faire de réserve? Je pense que cela devroit être indifférent. L'art. 374 paroît pur et simple.

(2) Et alors, dans quelle forme se fera le délaissement? Dans la forme consacrée par l'usage. Ordinairement, il est notifié par un notaire ou par un huissier.

(3) C'est afin que l'assureur sache si l'assuré n'a point fait assurer au-delà de son intérêt, et si, en conséquence, il n'y a pas lieu à demander le ristourne pour une partie, et même la nullité de toute l'assurance, s'il y avoit fraude.

(4) *Même celles qu'il a ordonnées*, quand même il n'auroit pas la certitude qu'elles ont été effectuées. C'est afin qu'en cas d'assurances excédant la valeur du chargement, il ne puisse dire qu'elles ont été faites à son insu.

(5) C'est toujours pour la même raison, afin que l'on puisse voir s'il n'a pas fait assurer des objets affectés à des prêts à la grosse, ou *vice versâ*.

(6) Et qui est de trois mois, à compter dudit jour, à moins qu'il n'ait été fixé un autre terme par la police.

(7) Cette dernière clause semble indiquer que l'intention du législateur a été d'adopter l'opinion de VALIN, sur l'art. 53, lequel pensoit contre ÉMÉRIGON, que le délaissement ne valoit que du jour de la déclaration; tellement que, si le délai fixé étoit écoulé sans que la déclaration fût faite, on ne pouvoit plus délaisser.

(8) La prorogation du délai est pour le cas où il y a seulement omission de la déclaration exigée. Le législateur passe maintenant au cas où la déclaration a été faite, mais frauduleusement, c'est-à-dire, où l'on a omis, à dessein, des assurances ou des prêts à la grosse.

Je dis *à dessein*, parce qu'il peut se faire que la déclaration soit inexacte, sans être frauduleuse; si, par exemple, le capitaine a fait assurer, ou a emprunté à la grosse, sans en prévenir l'armateur: de même, si les assurances omises, réunies à celles déclarées, n'excèdent pas le montant des objets assurés : il ne suffit pas qu'il y ait *consilium fraudis* ; il faut encore *eventus*.

(9) *L'assuré*, mais non l'assureur, qui peut toujours réclamer l'exécution de l'assurance, s'il y a lieu ; comme si, par exemple, il se trouvoit y avoir bénéfice pour lui, à prendre pour son compte les objets délaissés, et à payer la somme assurée.

(10) En entier : tandis que s'il n'y avoit pas de fraude, mais seulement excédant, il n'y auroit lieu qu'au ristourne, et pour cet excédant seulement.

Nota. L'Ordonnance, art. 55, portoit punition exemplaire contre l'assuré, qui poursuivoit le paiement des sommes assurées au-delà de la valeur des objets.

Page 240.

(1) Et s'ils sont plusieurs, les objets délaissés appartiennent à chacun, en proportion de son intérêt : d'où il suit que, si la moitié seulement du chargement est assurée, la moitié des effets sauvés continue d'appartenir à l'assuré, qui est censé, dans ce cas, être son propre assureur.

(2) C'est-à-dire, que l'acceptation du délaissement, ou le jugement qui le déclare valable, ont un effet rétroactif au moment de la signification, ensorte que, quand même, dans le cas de naufrage présumé par exemple, le navire reviendroit, ou que l'on auroit de ses nouvelles, dans l'intervalle de la signification à l'acceptation ou au jugement, le délaissement n'en seroit pas moins valable à l'égard, tant de l'assuré, que de l'assureur.

L'Ordonnance, art. 60, disoit seulement, *après le délaissement signifié ;* on a ajouté ces mots, *et accepté ou jugé valable*, pour indiquer que, si le délaissement, quoique signifié, n'étoit ni accepté volontairement, ni jugé valable, la propriété des objets délaissés ne seroit pas transférée à l'assureur.

Mais, s'il n'est pas valable, est-il nul dans l'intérêt même de l'assuré, et ce dernier pourroit il revendiquer, s'il trouvoit bénéfice à le faire? Observez que l'article dit formellement que les effets n'appartiennent à l'assureur, qu'autant que le délaissement est valable. Donc, s'il ne l'est pas, l'assuré peut le révoquer, et retenir les effets assurés.

(3) Ou de restitution de la prise, et quand même il la rachèteroit de ses propres deniers. En un mot, la propriété est irrévocablement transférée. Comme l'effet du délaissement ne peut être suspendu par l'effet d'une condition de la part de l'assuré; de même, il ne peut être révoqué par aucun événement postérieur, de la part de l'assureur.

Nous avons, au surplus, déjà fait remarquer que l'on pouvoit induire de la manière dont cet article est rédigé, que si le retour du navire, ou tout autre événement semblable, avoit lieu avant la signification du délaissement, l'assuré n'auroit plus le droit de délaisser; et ce, par analogie des art. 389 et 396.

(4) C'est-à-dire, du jour du délaissement effectif, et non pas du jour où l'on auroit signifié les avis reçus, en se réservant de faire le délaissement dans les délais de la loi, conformément à l'art. 378.

Page 241.

(1) Cette disposition, telle qu'elle étoit placée et exprimée dans l'Ordonnance, art. 47, présentoit un sens fort raisonnable. D'abord, elle étoit placée sous le titre *des assurances*, et étoit ainsi conçue :

« On ne pourra faire aucune demande d'avarie, si « elle n'excède un pour cent. »

Ce qui signifiait simplement que l'assuré ne pouvoit rien réclamer de l'assureur, lorsque l'avarie éprouvée

par la chose, n'excédoit pas un pour cent de sa valeur; ce qui, encore une fois, étoit fort raisonnable, parce que les frais de règlement d'avarie auroient monté plus haut que l'avarie elle-même. D'ailleurs, c'est même l'usage de stipuler dans les polices, que l'assureur ne sera tenu, qu'autant que l'avarie excédera 3, 5, et même davantage, pour cent.

Le Code, au contraire, a placé cette disposition sous le titre *des avaries*, où elle se trouve conçue de cette manière :

« Une demande pour avarie n'est point recevable, si « l'avarie commune n'excède pas un pour cent de la « valeur cumulée du navire et des marchandises, et si « l'avarie particulière n'excède pas aussi un pour cent « de la valeur de la chose endommagée. »

D'abord le Code dit, en général, *une demande pour avarie*. Or, une pareille demande peut avoir lieu en deux circonstances;

1.° De la part de l'assuré, contre l'assureur.

2.° De la part du chargeur contre le capitaine et les autres chargeurs, s'il s'agit d'avarie commune; et contre le capitaine seul, s'il s'agit d'une avarie simple, provenant du fait de l'équipage.

Je conçois que, lorsqu'il s'agit d'une avarie simple, qui n'excède pas un pour cent de la valeur de la chose endommagée, la loi refuse l'action. L'objet n'en vaut pas la peine. Si donc j'ai chargé pour 3000 fr. sur un navire, et que mes effets aient éprouvé une avarie de 30 fr., je ne pourrai réclamer d'indemnité de qui que ce soit. Si cela n'est pas rigoureusement juste, cela est au moins conforme à l'intérêt du commerce.

Mais l'article ajoute que la même disposition aura lieu, *si l'avarie commune n'excède pas un pour cent de la valeur cumulée du navire et de la marchandise*. Or, de-là, il résulte que si, par exemple, j'ai fait charger pour 3000 fr. dans un navire, dont la valeur réunie à celle du chargement, soit de 300,000 fr., et que mon modique chargement se trouve avoir souffert,

pour le salut commun, une avarie qui lui ôte toute sa valeur, je ne pourrai former aucune réclamation, ni contre les autres chargeurs pour les faire contribuer, ni contre mon assureur.

Je sais bien que l'on dira, que pour faire, dans ce cas, un règlement d'avarie, il faudra estimer le navire et le chargement entier, ce qui coûtera proportionnellement plus cher que l'avarie elle-même. Mais cette raison, très-bonne dans le cas d'avarie simple, ne me paroît pas concluante, dans le cas d'avarie commune, où il peut arriver que le dommage tombe sur une seule et même personne, à laquelle la loi refuse alors tout moyen de se faire indemniser. Il arrivera d'ailleurs, par la force des choses, que le montant des frais à faire, déterminera précisément les parties à s'arranger à l'amiable.

Au surplus, en appliquant cette disposition principalement au cas de l'assurance, il se présente quelques questions à décider.

1° Si plusieurs personnes sont intéressées dans la même assurance, faut-il réunir l'intérêt de toutes pour compter le un pour cent sur le total, ou doit-on le compter sur l'intérêt de chacune? Le un pour cent se prend sur l'intérêt total, lorsqu'il n'y a qu'une seule police. Exemple : je charge pour 10,000 fr., et vous pour 50,000 fr. Nous faisons assurer le tout par la même police. Mon chargement éprouve une avarie de la valeur de 600 fr. Comme cette somme n'excède pas un pour cent de la valeur de nos deux chargemens, je ne pourrai faire de réclamation. C'est l'avis d'ÉMÉRIGON, (*chap.* 12, *sect.* 44, § 4). Et *rectè*.

2° Dans le calcul de l'avarie, peut-on faire entrer les frais de réclamation, à l'effet de la grossir, pour qu'elle excède un pour cent? Non. On n'a pas dû réclamer, si l'avarie n'excédoit pas la quote déterminée par la loi.

3° Enfin, si l'avarie excède un pour cent, faut-il bonifier au moins aux assureurs le un pour cent? VALIN, sur l'article 47, est d'avis qu'il ne doit être fait aucune

bonification à l'assureur. Il avoue, cependant, qu'il y avoit quelques Amirautés, dans lesquelles l'usage étoit contraire. Je partage volontiers son avis, qui paroît être celui de POTHIER, n° 165, et qui est bien certainement celui d'ÉMÉRIGON, *loco citato*. En effet, il faut remarquer que le Code ne dit pas qu'une demande pour avarie n'est recevable que jusqu'à concurrence de ce qu'elle excède un pour cent; mais, si elle n'excède un pour cent. C'est une condition exigée par la loi, pour que l'action n'ait pas lieu. Si la condition manque, c'est-à-dire si l'avarie excède un pour cent, la disposition de la loi s'évanouit, et l'action d'avarie reste dans toute son intégrité.

FIN DES NOTES DU LIVRE SECOND.

NOTES

SUR LES INSTITUTES

DE DROIT COMMERCIAL

FRANÇAIS.

LIVRE TROISIÈME.

Page 242.

(1) Voyez l'Ordonnance du Commerce, tit. 11.

(2) *Dans le commerce.* Les dispositions de ce livre s'appliqueroient-elles à un non commerçant? Je ne le pense pas. Les articles 437 et 438 portent formellement, *tout commerçant;* ce qui suppose évidemment que les dispositions dont on va parler, ne regardent que les commerçans. D'ailleurs l'exécution des dispositions prescrites dans ce livre, est confiée presque entièrement aux Tribunaux de Commerce. Peut-on supposer que le mauvais état des affaires d'une personne non commerçante aura l'effet de la rendre, elle et ses créanciers, justiciables des Tribunaux de Commerce? Je pense donc, qu'il faut, dans ce cas, suivre les règles ordinaires prescrites par le Code de Procédure; exécuter les meubles, poursuivre l'expropriation des immeubles; faire nommer des sequestres, etc.

Il faut observer, cependant, qu'il existe dans ce même livre quelques dispositions que je crois applicables à toutes sortes de cas. Telles sont, par exemple, celles relatives aux droits des créanciers hypothécaires, aux banqueroutiers simples et frauduleux, etc.

Page 243.

(1) A plus forte raison ne peut-il les aliéner? Et ce qui le prouve, c'est que l'art. 444 ne s'est occupé que des aliénations faites dans les dix jours qui ont précédé la faillite, parce que celles-là seules pouvoient faire difficulté. Il n'a pas parlé de celles faites depuis la faillite, parce qu'on a pensé qu'il y étoit pourvu par l'article 442. C'est d'après ce principe qu'il a été jugé à Paris, le 13 décembre 1814, que le transport d'une créance, fait en temps utile, n'avoit pu être signifié postérieurement à la faillite du cédant. (SIREY, 1815, 2e part., pag. 98.)

Page 244.

(1) Cette déclaration est importante, en ce que c'est du jour de l'ouverture de la faillite que se comptent en arrière les dix jours, pendant lesquels le failli est présumé, relativement à certains actes, être déjà dans une espèce d'interdiction.

(2) C'est-à-dire, par sa disparition du lieu de son domicile ou de sa résidence ordinaire.

(3) Il faut donc que l'une de ces circonstances vienne se joindre à celles précédemment énoncées, pour caractériser la faillite. Ainsi, quand même il y auroit retraite du débiteur, clôture des magasins, ou même protêt de quelques effets, si d'ailleurs les paiemens continuent, et qu'il n'y ait pas de déclaration de la part du failli, il

n'y a pas faillite. Mais remarquez aussi qu'il peut arriver que la faillite soit déclarée par le Tribunal avoir commencé à une époque antérieure à la déclaration du failli, comme nous le verrons tout-à-l'heure.

(4) *Peut être déclaré.* Cela est laissé à la prudence du juge.

Page 245.

(1) Laquelle doit être jugée sur le rapport du commissaire (*art.* 458), contradictoirement avec le failli et les agens, quand elle n'est pas faite par eux.

Ce jugement seroit-il susceptible d'appel? Je pense qu'oui. L'appel est de droit, toutes les fois que la faculté d'appeler n'est pas interdite par la loi.

Quel seroit le délai de l'appel? Trois mois à compter du jour de la signification du jugement, s'il est contradictoire, et de l'expiration du délai de l'opposition, s'il est par défaut. (*Art.* 645.) Mais il est bien certain que, dans ce cas, l'appel ne suspend pas l'exécution, puisqu'elle n'est pas même suspendue par l'opposition.

Si un créancier a formé opposition au jugement de déclaration de faillite, et qu'il ait été obtenu contre lui un jugement par défaut, devra-t-il se pourvoir contre ce dernier jugement par opposition, ou par appel? Jugé en cassation, le 9 janvier 1812, que c'est par appel. (SIREY, 1812, prem. part., pag. 150.) Cela est fondé sur ce que le jugement de déclaration de faillite est censé rendu entre le failli et ses créanciers, que conséquemment l'opposition de ceux-ci, n'est pas une tierce opposition, mais une opposition simple, et qu'on ne peut former opposition à un jugement qui a débouté d'une première opposition. (*Procéd.* 165.)

(2) Le failli peut avoir intérêt : 1°, s'il prétend n'être pas en faillite; 2°, s'il prétend que la date de sa faillite a été reportée trop loin ou trop près : trop loin,

il en résulte présomption de fraude dans les actes qu'il a passés : trop près, il en résulte, au contraire, que des actes qui devroient être annulés, sont valables.

(3) Les tiers peuvent être intéressés à faire réformer la date donnée à la faillite, de laquelle résulteroit l'annulation des actes passés par eux, des inscriptions qu'ils ont prises, etc. Quant aux créanciers, leur intérêt est encore plus évident.

(4) Par l'art. 511. Mais pourquoi donne-t-on ce dernier délai aux créanciers en demeure, et qu'on ne le donne pas aux tiers intéressés, autres que les créanciers, qui peuvent cependant ignorer la faillite, aussi bien qu'eux? C'est qu'il n'y avoit pas de motif de proroger le délai à leur égard. En effet, si, par exemple, il s'agit d'un acte passé entre eux et le failli, et qui soit susceptible d'être annulé, d'après la date donnée à la faillite par le jugement, il faut distinguer : ou ils demandent l'exécution de l'acte, et on leur oppose le jugement, et alors je pense qu'ils peuvent y former tierce opposition. (*Art.* 474 *du Code de Procéd.*) A plus forte raison, si l'on demande contre eux la nullité de l'acte par action principale. *Temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum.* (L. 5, § 6, ff. *de dol. mal. et met. exceptione*, et GODEFROY, sur cette loi.)

Page 246.

(1) Faits au failli ou par le failli. Mais l'on sent aisément que l'on présumera bien plus difficilement la fraude à l'égard des paiemens faits par des tiers au failli, qu'à l'égard de ceux faits par le failli lui-même. Cependant, s'il s'agissoit, par exemple, d'une lettre de change payée au failli avant son échéance, comme celui qui paie, est responsable, dans ce cas, de la validité du paiement, (*art.* 144), il s'exposeroit à un recours de la part des

créanciers du failli, recours sur lequel les juges prononceroient d'après les circonstances.

(2) Même avant les dix jours. Lorsque la fraude est prouvée, quelle que soit la date de l'acte, il doit être annulé, sauf cependant le droit des tiers. Ainsi le failli a souscrit une lettre de change, en fraude de ses créanciers. Celui au profit de qui il l'a tirée, l'a endossée au profit d'un tiers. Si la fraude est prouvée à l'égard de l'endosseur, et qu'elle ne le soit pas à l'égard du porteur, ce dernier figurera dans la faillite, et viendra par contribution. Mais le premier sera tenu d'indemniser la masse des créanciers, de ce qui sera payé au porteur pour sa part dans la contribution.

Page 247.

(1) *Quid*, de ceux faits après les dix jours, c'est-à-dire, après l'ouverture de la faillite? Ils sont nuls, et les sommes payées doivent être rapportées, quand même il s'agiroit de dettes échues. (*art.* 442, *et C. C. art.* 1238).

(2) Je ne vois pas trop pourquoi la loi ne présume la fraude qu'à l'égard des dettes commerciales. Il me semble que si un négociant remboursoit, dans les dix jours avant sa faillite, une obligation qui auroit encore, par exemple, un an à courir, il seroit bien difficile de déclarer ce paiement valable, et de dispenser du rapport celui qui l'auroit reçu.

(3) Cette disposition est fondée d'abord sur ce que les commerçans ne paient pas ordinairement avant l'échéance. Cependant, il y en a qui sont dans l'usage d'escompter leurs propres effets. Mais la loi ne distingue pas. D'ailleurs, indépendamment de toute présomption de fraude, on n'a pas voulu qu'un négociant pût, dans un temps aussi voisin de sa faillite, avantager, par

des paiemens prématurés, quelques-uns de ses créanciers au préjudice des autres.

Quid, si la dette est échue? On n'a rien à imputer à celui qui reçoit son dû, au terme fixé par la convention, (SAVARY, *Parère* 59), pourvu, comme nous l'avons dit, que le paiement soit fait avant l'ouverture de la faillite.

(4) *Acquis*. Que doit-on entendre par ce mot? Est-ce la constitution d'hypothèque, ou bien l'inscription prise au bureau du conservateur? Il paroît, d'après l'art. 2146 du Code Civil, qu'il faut entendre l'inscription, en sorte que, quand même l'hypothèque ou le privilége seroit établi depuis très-long-temps, l'inscription prise dans les dix jours, n'en seroit pas moins nulle. Cette disposition paroît dure. Car l'ancienneté du titre doit faire disparoître toute présomption de fraude : mais, comme je l'ai déjà dit, c'est que, abstraction faite de toute idée de dol, il reste toujours ce principe, que la loi ne veut pas, en général, que dans les dix jours, un créancier puisse faire sa condition meilleure que celle des autres.

Nota. La déclaration du 18 novembre 1702, d'où cette disposition est tirée, annulloit seulement les actes constitutifs d'hypothèque passés dans les dix jours. Mais c'est qu'alors l'hypothèque avoit rang du jour de l'acte même, au lieu qu'actuellement elle n'a rang, et ne prend en quelque sorte naissance, que du jour de l'inscription.

La cour de cassation a décidé, le 15 décembre 1809, que l'inscription prise dans les dix jours qui avoient précédé la faillite, en vertu d'un titre antérieur, étoit valable.

Quoique cet arrêt soit conforme à l'opinion que j'ai émise sur le principe en général, je ne puis cependant dissimuler qu'il me paroît contraire à la lettre et à l'esprit de l'article 2146 du Code Civil.

A la lettre : cet article dit formellement, non pas

que l'hypothèque ne peut être établie dans les dix jours, mais que l'inscription ne peut être prise dans les dix jours, sans distinguer l'époque de l'établissement de l'hypothèque.

A l'esprit : ce qui prouve que le législateur a entendu parler, même des inscriptions prises en vertu d'actes antérieurs aux dix jours, c'est qu'il annulle également celles prises par les créanciers d'une succession depuis l'ouverture, lorsque cette succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire. Or, il s'agit bien ici des créanciers du défunt et ayant conséquemment titre antérieur à l'ouverture de la succession ; et comme, dans cet article, on compare l'état d'une succession bénéficiaire à un état de faillite; que la déclaration de l'héritier, qu'il accepte bénéficiairement, peut être postérieure de plusieurs mois à l'ouverture, et qu'il suffit cependant que l'inscription ait été prise depuis l'ouverture, pour qu'elle soit annullée, quoique le titre soit antérieur à l'ouverture, il me semble que l'on doit nécessairement en conclure que l'intention du législateur a été d'annuller l'inscription prise, soit après la faillite, soit dans les dix jours, quand même l'acte constitutif d'hypothèque seroit d'une date antérieure, et cela, par suite du principe que nous venons d'établir, que, dans le délai fixé par la loi, et indépendamment de toute présomption de fraude, aucun créancier ne peut faire sa condition meilleure que celle des autres.

(5) *Ipso jure*. Il ne faut pas entendre par-là que la nullité n'a pas besoin d'être prononcée; car il faut toujours un jugement pour déclarer l'acte nul. Mais cela signifie, que le fait seul de la date de l'acte suffit pour en faire prononcer la nullité, sans que l'on soit obligé d'alléguer aucun fait particulier de fraude. Mais s'ensuivroit-il des expressions générales de l'article, que tout privilége ou hypothèque, même acquis dans les dix jours, seroient nuls? Je ne le crois pas, au moins quant aux priviléges. Je pense que ceux fondés sur des causes

qui ont augmenté le bien du failli, doivent être conservés; comme ceux du vendeur sur l'objet vendu, des ouvriers sur la plus value, des cohéritiers pour les soulte et garantie des lots; les frais faits pour la conservation de la chose, etc. Il en doit être de même de ceux qui ont des causes favorables : tels sont ceux des contributions, des frais funéraires, et autres semblables.

Quant aux hypothèques, je n'en vois aucunes auxquelles on ne doive appliquer l'art. 443.

(6) Pourquoi l'article ne parle-t-il que des donations de propriétés immobilières? Je n'en vois pas d'autre raison, sinon, que ce sont les seules que l'on puisse constater facilement, parce que ce sont les seules, pour la validité desquelles il faut absolument un acte. Les donations d'effets mobiliers sont parfaites par la tradition réelle, et sans qu'il soit besoin d'acte. Mais je crois que, si une pareille donation étoit avouée ou prouvée, elle seroit également nulle. (*Voyez* la note suivante).

(7) *Nullité*, de droit, et sans qu'il soit besoin de prouver la fraude.

Quid, si l'acte étoit passé avant les dix jours, ne pourroit-on pas le faire rescinder par l'action Paulienne, en vertu de l'art. 1167 du Code Civil? Je pense que l'on devroit admettre, dans ce cas, la disposition des lois Romaines, qui annulloient tous actes d'aliénation faits par le débiteur en fraude de ses créanciers, mais avec cette distinction, que, si l'aliénation étoit à titre gratuit, il suffisoit que le débiteur, ou donateur, fût en fraude; au lieu que s'il s'agissoit d'une aliénation à titre onéreux, il falloit qu'il y eût également fraude de la part de l'acquéreur : (ff., titre *Quœ in fraudem creditorum*) et Code de Com. art. 444

Ainsi, il y auroit toujours cette différence, que la donation, faite dans les dix jours, seroit nulle de droit, et par cela seul qu'elle seroit faite dans les dix jours; au lieu que celle faite auparavant ne seroit annullée qu'autant

qu'il seroit prouvé que le donateur a eu intention de frauder ses créanciers; intention qui, au surplus, se présume facilement dans ce cas.

(8) On n'ajoute pas, *dans les dix jours*, parce qu'ici, cette circonstance est indifférente; car, quand même ils auroient été passés dans les dix jours, ils ne peuvent être annullés qu'en connoissance de cause : et quand même ils auroient été passés avant les dix jours, ils peuvent toujours être annullés, s'il y a fraude (*art.* 447). C'est d'après ce principe que la Cour de Cassation a, le 28 mai 1823, rejetté le pourvoi contre un arrêt de Strasbourg, qui avoit déclaré valable la cession d'une créance faite par un failli. Dans l'espèce, la déclaration de faillite n'avoit eu lieu que sept ans après la cession; mais elle avoit été reportée par le jugement à une date antérieure d'environ deux mois à celle de la cession. (*Bulletin*, n° 56).

L'article semble ne parler que de l'aliénation des propriétés immobilières. S'ensuit-il de-là qu'il ne devroit point s'appliquer aux aliénations mobilières? Je ne le crois pas. Dès lors que la nullité ne doit être prononcée qu'autant qu'il y a fraude, (ce qui doit s'entendre de la part des deux parties), il est évident qu'elle doit avoir lieu pour les choses mobilières, comme pour les choses immobilières.

(9) Tant de la part du vendeur, que de la part de l'acquéreur. Car, si la fraude est prouvée de la part du failli seulement, il en résulte bien contre lui la présomption de banqueroute frauduleuse; mais l'acte n'est pas pour cela annullable. (*Voy. l'art.* 445).

(10) Ainsi, une lettre de change, un endossement, ne sont pas nuls de plein droit : et c'est à la masse des créanciers à prouver, vis-à-vis des tiers, qu'il y a eu fraude.

Page 248.

(1) A moins qu'il n'existe quelque autre cause de rescision, comme le dol, l'erreur, la violence, la lésion dans les cas où elle peut être invoquée, (*C. C., art.* 1117 *et* 1118) : et alors le failli lui-même peut demander la rescision, ainsi que ses créanciers.

Page 249.

(1) *Secùs* à l'égard des commanditaires. La raison de différence est que la société en nom collectif ne peut être en faillite, que tous les associés en nom n'y soient pareillement, puisqu'ils sont, tous et chacun, solidairement responsables de tous les engagemens de la société; au lieu que la société peut fort bien être en faillite, sans que les associés commanditaires aient manqué à leurs engagemens; *putà* : s'ils ont versé dans la société les fonds stipulés par la convention.

(2) Nous avons vu plus haut quels sont les effets de cette déclaration.

Page 250.

(1) Quant aux autres, il les renvoie à se pourvoir devant qui de droit.

(2) A Paris, la garde des faillis peut être confiée aux gardes du commerce : (*Décret du* 14 *mars* 1808. *Bulletin*, *n*° 3236, *art.* 7.)

Quid, si le failli est déjà détenu, *putà*, en vertu d'un jugement de contrainte par corps? Je crois que cela ne doit rien changer au dispositif du jugement, et que si, par exemple, le tribunal ordonne le dépôt, le failli doit être écroué de nouveau, en vertu dudit juge-

ment. Autrement, si l'emprisonnement antérieur du failli empêchoit le tribunal de prononcer, il en résulteroit que, si le créancier qui l'a fait emprisonner, consentoit à son élargissement, le failli se trouveroit mis en liberté, tandis que, peut-être, le tribunal eût ordonné sa détention, s'il n'avoit pas déjà été détenu. Remarquez, en effet, que ce dépôt et cette détention ne sont point ordonnés dans l'intérêt du créancier, mais de la vindicte publique seulement. *Sic* jugé en cassation, le 9 mai 1814. (Sirey, 1814; 1re p., p. 245.).

(3) *Secùs*, s'il s'agit d'un jugement d'un tribunal criminel, correctionnel, ou de police, ou même d'un tribunal civil, dans les cas où ces tribunaux peuvent prononcer la contrainte par corps.

(4) Le pourroit-il également, si le failli étoit déjà détenu pour dettes, au moment de l'ouverture de la faillite? Il paroît convenable que le commissaire ait le même droit dans ce cas. Car, pour qu'il propose la mise en liberté, il faut deux choses; la première, qu'il n'ait rien trouvé de répréhensible dans l'état apparent des affaires du failli; et la seconde, qu'il croie utile, pour la masse des créanciers, que le failli jouisse de sa liberté, et puisse vaquer à ses affaires. Or, en cas de faillite, c'est-à-dire, dans un moment où les droits de tous les créanciers sont égaux, doit-il dépendre d'un seul, d'empêcher l'exécution d'une mesure jugée avantageuse pour la masse? D'ailleurs, il paroît bien résulter de l'ensemble des dispositions du Code, qu'une fois la faillite déclarée, il ne peut plus être exercé contre la personne du failli, d'autres poursuites, pour dettes, que celles qui sont ordonnées par le jugement dont il est question dans l'art. 455. Pourquoi accorderoit-on plus de faveur au créancier qui auroit obtenu, et fait exécuter un jugement, avant la déclaration de la faillite? Enfin, de quoi serviroit-il à ce créancier de s'opiniâtrer à maintenir l'emprisonnement, puisque le failli ne peut plus le

payer ? Je pense seulement qu'il seroit peut-être prudent, avant d'ordonner la mise en liberté, d'appeler le créancier à la requête duquel le failli a été emprisonné.

(5) Par conséquent, on ne pourra exécuter contre lui aucun jugement de contrainte par corps, rendu en matière commerciale. Nouvelle raison de décider que l'exécution de ceux obtenus antérieurement doit être suspendue.

Ce sauf-conduit pourroit-il être révoqué? Je pense qu'oui. L'article dit *sauf-conduit provisoire*, ce qui me paroît bien annoncer la possibilité de sa révocation.

Pourroit-on le mettre en liberté sans sauf-conduit ? Si je propose cette question, ce n'est pas qu'elle me paroisse douteuse, mais c'est parce qu'elle a été élevée par l'auteur d'un commentaire très-succinct sur le Code de commerce, lequel, chose plus étonnante encore, l'a résolue pour l'affirmative. Cet auteur se fonde sur l'art. 467, qui parle du refus de sauf-conduit seulement. Mais, n'est-il pas évident que cet article ne parle de sauf-conduit, que parce que, pour celui qui est détenu, *sauf-conduit* et *liberté* sont synonymes; et que pour celui qui ne l'est pas, mais qui a contre lui des jugemens par corps, il ne peut être question de liberté, mais seulement de sauf-conduit ? En conséquence, l'art. 467 voulant statuer sur les deux cas, n'a dû parler que du refus de sauf-conduit.

Secondement, ne seroit-il pas ridicule que le tribunal ordonnât la mise en liberté du failli, ce qui suppose que sa présence est jugée utile pour l'avantage de la masse, et qu'il laissât à tous et chacun de ses créanciers, le droit de le faire arrêter de nouveau ? Ne seroit-il pas beaucoup plus simple, et moins dispendieux, de le laisser en état de détention, puisque l'on éviteroit au moins, par-là, les frais d'un nouvel emprisonnement ?

3.° Comme nous l'avons déjà observé, le seul but de la contrainte par corps est d'obliger plus efficacement

le débiteur à payer. A quoi bon l'employer contre celui qui ne peut payer?

4.° Enfin, l'art. 455 défend d'écrouer ou de recommander le failli pendant qu'il est détenu; peut-on croire qu'on ait entendu permettre de le faire emprisonner, quand le Tribunal a ordonné son élargissement?

Page 251.

(1) Provisoires ou définitifs.

(2) *Au magistrat de sûreté de l'arrondissement*; maintenant au procureur du roi.

Page 252.

(1) Il paroît que le Législateur considère ici la faillite comme un fait qui intéresse toute la société, et qui, s'il y a fraude, doit être poursuivi par le ministère public, quand même tous les intéressés consentiroient à ne pas poursuivre.

(2) Cette disposition s'appliqueroit-elle aux commerçans faillis avant la promulgation du Code? Je pense qu'oui. Ils ne peuvent pas dire que, s'ils eussent connu la peine, ils n'auroient pas failli. Ce seroit se reconnoître faillis volontaires, et par conséquent banqueroutiers.

(3) *Et non réhabilité.* Ainsi cette disposition s'applique, même au failli déclaré excusable, tant qu'il n'a pas été réhabilité.

Page 253.

(1) Cette disposition a pour but d'empêcher qu'il ne s'établisse des personnes qui fassent le métier d'agent.

(2) A qui rendront compte les agens révoqués? A leurs successeurs, et non au commissaire, comme le prétend l'auteur déjà cité. Dans aucun cas, le commissaire ne doit être comptable ; et il le seroit, s'il recevoit un compte.

(3) *Des fonctions et des obligations des agens.* Jugé en cassation le 28 mars 1814, que les agens et syndics d'une faillite sont des mandataires, et qu'en conséquence, l'art. 1997 du Code Civil leur est applicable. Je pense qu'il en doit être de même des autres règles du mandat.

Page 254.

(1) Par conséquent, ils ont qualité pour faire faire les protêts des effets qui échoient pendant leur agence.

Par qui seront acquittés ces effets? Par les agens seuls.

Faudra-t-il ajouter le visa du commissaire? Je ne le pense pas, quoi qu'en dise l'auteur déjà cité. La loi n'exige ce visa que pour les recouvremens, autres que celui des effets de commerce; et il y a une raison de différence. Les effets commerciaux remis aux agens, sont décrits dans un bordereau qui est remis au commissaire: il faut donc qu'ils représentent les effets mêmes, ou l'argent qui en provient. Mais quant aux autres créances, comme ils n'en sont pas chargés par un bordereau, et qu'on peut fort bien en ignorer l'existence ou la qualité, on a dû exiger que les quittances fussent visées par le commissaire, qui doit en prendre note.

(2) L'auteur déjà cité prétend que cela ne doit s'entendre que des lettres contenant des effets de commerce. Mais d'abord, l'article ne distingue pas. En second lieu, pour savoir ce que contient une lettre, il faut bien l'ouvrir. Troisièmement, enfin, une simple lettre peut con-

tenir des renseignemens précieux sur l'état des affaires du failli, sur sa bonne ou mauvaise foi, etc.

(3) Dans quelle forme? Je pense que c'est en vente publique, et aux enchères. Quand la loi a voulu laisser de la latitude sur ce point, elle s'en est exprimée d'une manière formelle, comme dans l'art. 492.

(4) Cela ne doit-il s'entendre que des marchandises? Je pense qu'oui, parce qu'en objets non déprissables, il n'y a guère que des marchandises que l'on ait intérêt de vendre promptement, par exemple, pour éviter la cessation d'un commerce, et conserver l'achalandage. Quant aux autres objets, les fonctions des agens sont si courtes, qu'il n'y a pas grand inconvénient à attendre la nomination des syndics.

Page 255.

(1) *De prendre inscription.* Mais cette inscription n'a d'autre effet que de conserver les droits de la masse, et ne change rien aux droits des créanciers entre eux.

(2) Les agens sont tenus également, s'il y a lieu, de faire des saisies-arrêts sur les débiteurs du failli, d'interrompre les prescriptions, etc.

(3) *Quid*, de celle contre les immeubles? Je crois qu'il faut distinguer : si l'action est réellement immobilière, c'est-à-dire, si elle tend à revendiquer la propriété, ou tout autre droit réel sur l'immeuble, je pense qu'elle doit être suivie également contre les agens et syndics, parce que, dans ce cas, le demandeur a un intérêt opposé à celui de la masse; et que le failli étant dessaisi du droit d'administrer, et à plus forte raison, d'aliéner ses biens, n'est pas partie capable pour défendre

seul à une pareille demande. Mais si l'action contre l'immeuble est d'une autre nature, par exemple, s'il s'agit d'une expropriation, je crois qu'elle peut être continuée contre le failli, pour deux raisons;

La première, c'est que toutes les formalités et les délais de la procédure en expropriation étant de rigueur, il y auroit de l'inconvénient à en changer la direction.

La seconde, c'est que les agens et syndics représentent tous les créanciers, dans tous les cas où ceux-ci n'ont point d'intérêt opposé à celui de la masse. Or, le créancier qui poursuit l'expropriation, n'a point d'intérêt opposé à celui de la masse. Les agens et syndics sont donc ses représentans. Il ne peut donc procéder contre eux. Il faut donc que la procédure continue contre le failli, sauf aux syndics à intervenir, s'ils le jugent convenable. Nous verrons d'ailleurs, plus bas, qu'une fois que les syndics définitifs sont nommés, toute action en expropriation qui n'est pas encore intentée, ne peut être formée que par eux.

Mais remarquez que l'article ne parle que des actions intentées par *des créanciers privés*, c'est-à-dire, comme je le pense, pour des intérêts purement civils; parce que, si l'action étoit criminelle, elle ne pourroit être intentée ou suivie que contre le failli, sauf l'intervention des syndics, quand même elle auroit pour but d'obtenir des condamnations pécuniaires.

(4) *Toute action.* Sauf la distinction établie dans la note précédente.

Mais en disant que l'action intentée avant la faillite, contre la personne et les biens mobiliers du failli, ne peut être suivie que contre les agens et syndics, et que toute action qui seroit intentée après la faillite, ne pourroit l'être que contre eux, le législateur a-t-il entendu qu'il n'étoit pas nécessaire d'appeler le failli? Il sembleroit, à la vérité, résulter de la lettre de l'art. 494, que son intervention n'est pas exigée. Il paroît néanmoins difficile de supposer qu'on ait eu l'intention de

l'exclure entièrement. Car enfin, quoique ses biens soient à la disposition de ses créanciers, et administrés par eux, n'a-t-il pas toujours un intérêt à ce que l'affaire soit jugée de telle ou telle manière; et ne peut-il pas même se rencontrer des cas où son intérêt soit plus grand que celui de la masse des créanciers?

En effet, il n'est pas impossible qu'un failli se trouve avoir plus de biens que de dettes, abstraction faite de ceux qui donnent lieu au procès. Et alors, les créanciers, certains d'être payés sur les biens liquides, attacheront-ils beaucoup d'importance à une demande, dont le succès leur est à peu près indifférent? D'ailleurs, dans le cas même où il y a plus de dettes que de biens, si le jugement obtenu contre les syndics seuls, avoit force de chose jugée contre le failli, il s'en suivroit que, si ce dernier venoit à rétablir sa fortune, il seroit obligé de satisfaire à des condamnations, qu'il auroit peut-être empêchées, s'il eût été appelé.

Je penserois donc, d'après ces raisons, que l'action doit être, comme le porte l'article, intentée ou suivie contre les syndics, mais en présence du failli, qui, autrement, pourroit toujours former tierce opposition au jugement.

Cette disposition s'applique, à plus forte raison, à la demande en séparation de biens, formée par la femme du failli.

Nota. Un arrêt de cassation du 2 mars 1819 (Sirey, 1819; prem. part., pag. 299), a jugé

1° Que toute action en expropriation, antérieure à la nomination des syndics définitifs, devoit être formée contre les agens et syndics provisoires;

Et 2°, qu'il n'étoit pas nécessaire d'y appeler le failli.

Page 256.

(1) *Quid*, s'il ne le fait pas? Lui appliquer l'art. 587,

ou l'art. 594, suivant qu'il a obtenu, ou non, un sauf-conduit.

Page 257.

(1) Cet interrogatoire pouvant devenir une pièce juridique contre le failli, il est évident qu'on ne doit y entendre ni sa femme, ni ses enfans.

(2) *Quid*, s'ils refusent de comparoître ou de répondre? Leur appliquer les art. 263 et suivans du Code de Procédure. Ils pourroient même être accusés de complicité, s'il y avoit, contre le failli, prévention de banqueroute frauduleuse. (*Argum. tiré de l'art.* 597.)

(3) Ce n'est donc que dans le cas du décès du failli, que sa femme et ses enfans peuvent le suppléer dans la formation du bilan. *Secùs*, s'il est vivant, et qu'il refuse de comparoître. Cette formation, dans ce cas, est exclusivement confiée aux agens, qui peuvent seulement alors prendre des renseignemens auprès de la femme, des enfans, etc.

(4) *Il peut être suppléé.* C'est une faculté accordée à la femme et aux enfans du failli, dont ils peuvent user, ou ne pas user, à leur volonté.

Page 258.

(1) Les agens peuvent-ils être nommés syndics? *Les motifs* décident formellement l'affirmative. Mais alors, il est clair qu'il n'y a pas de compte à rendre.

Quid, si les agens, n'étant pas nommés syndics, ne rendent pas leur compte? Leur appliquer l'art. 126 du Code de Procédure.

Quid, s'il y a contestation sur le compte? Elle est jugée par le Tribunal, sur le rapport du commissaire.

(2) Sur les premiers fonds. Je pense même qu'elle est privilégiée, comme faisant partie des frais de justice.

(3) En attendant, je pense qu'elle doit être réglée par le Tribunal, sur la proposition des syndics, et le rapport du commissaire.

Page 259.

(1) C'est-à-dire de ceux qu'il peut connoître. Car ce n'est que par le bilan que l'on peut connoître tous les créanciers, au moins apparens.

(2) Remarquez que la présentation de cette liste est le seul objet dont cette assemblée doit s'occuper. Elle ne peut délibérer sur aucune autre chose ; et cela doit être ainsi, aucune créance n'étant vérifiée.

Mais dans quelle forme se fera cette présentation? Je pense que c'est à la majorité des voix, abstraction faite des sommes dues à chacun. En effet, la quotité de ces sommes n'est pas certaine, tant que la vérification n'est pas effectuée; et d'ailleurs, les syndics définitifs sont nommés à la majorité individuelle, abstraction faite des sommes dues; et ce, quoique la vérification ait eu lieu. (*Art.* 527.) A plus forte raison, doit-il en être de même des syndics provisoires? On ne considère la force des créances, que lorsqu'il s'agit d'un arrangement qui peut blesser l'intérêt pécuniaire des créanciers, tel que le concordat.

Cette liste ne doit-elle comprendre que des créanciers? Jugé à Paris, le 13 mai 1813, que cela n'est pas nécessaire. (SIREY, 1813; 2e. part., pag. 306); et en effet, puisque les agens peuvent être autres que des créanciers (*art.* 456), pourquoi n'en seroit-il pas de même des syndics?

(3) Pourquoi les syndics provisoires sont-ils nommés par le Tribunal, tandis que les syndics définitifs sont nommés par les créanciers? C'est que, lors de la nomination des premiers, les créances ne sont pas encore vérifiées : on n'est donc pas encore censé connoître les véritables créanciers.

(4) *Des fonctions des syndics provisoires*. Voyez la note (3) de la page 253.

Page 260.

(1) Il paroît qu'ils y procèdent eux-mêmes, sans notaire ni commissaire-priseur, *sauf à se faire aider*, etc., dit l'article.

(2) S'il y a des opposans aux scellés, doivent-ils être appelés? Aux termes de l'art. 927 du Code de Procédure, la cause de l'opposition doit être énoncée dans l'exploit. D'après cela, je crois que, si l'opposition est fondée sur une créance, l'opposant ne doit pas être appelé. Les syndics, dans cette opération, représentent la masse des créanciers; et il seroit trop dispendieux d'admettre tous les créanciers à qui il auroit plu de former opposition. Mais si l'opposition est fondée sur une cause opposée aux intérêts des créanciers, par exemple, sur la restitution d'un prêt à usage, d'un dépôt, je pense que l'opposant doit être appelé.

(3) Entre les mains de qui restera cet inventaire? Je crois que ce doit être entre les mains des syndics, qui seront obligés de le représenter, lors de la reddition de leur compte, et qui d'ailleurs ne peuvent l'altérer, puisqu'il est signé à chaque vacation par le juge de paix.

Page 261.

(1) Et non au failli, qui est dessaisi de toute administration.

(2) *A la vente des effets et marchandises;* et non à celle des autres meubles et des immeubles du failli. Ce droit appartient aux syndics définitifs seuls. (*Art.* 528.)

Les syndics provisoires sont-ils tenus d'appeler le failli à cette vente? Je ne le pense pas. La loi ne l'ordonne pas, comme elle le fait pour l'inventaire.

(3) *A leur choix;* et c'est à eux, et non au commissaire, à désigner l'officier ou le courtier qui devra faire la vente.

Remarquez que, s'il y a saisie à la requête du Trésor Royal, même après la nomination des syndics, la vente doit être faite à la requête de l'agent du Trésor. Cassation, 9 janvier 1815. (SIREY, 1815; prem. part., pag. 254.)

(4) Toujours sous l'approbation du commissaire. (*Art.* 458.)

(5) *Qui peut.* Remarquez que ce versement est purement facultatif, dans le sens qu'il ne peut être ordonné que sur la demande des syndics, qui ne sont pas obligés de le demander. Je ne fais cette observation, que parce qu'il paroît y avoir, à ce sujet, une légère inexactitude de rédaction dans le discours de l'orateur du Conseil d'Etat.

J'ajoute qu'il paroît étonnant que l'on ait donné aux syndics seuls le droit de demander ce versement. Il arrivera le plus souvent que la caisse à deux clefs n'aura pas lieu, et que les fonds resteront entre les mains des agens ou syndics, qui n'auront, en conséquence, au-

eun intérêt à demander le versement, et qui peuvent, au contraire, avoir, dans ce cas, intérêt à ne pas le demander. Il semble donc que l'on auroit dû laisser au commissaire le droit de l'ordonner, savoir : jusqu'à la vérification des créances, d'office et sans demande; et après la vérification, sur la demande, soit des syndics, soit d'un nombre de créanciers vérifiés, formant en somme, le tiers ou le quart de la totalité des créances.

Page 262.

(1) A trois pour cent par année. Ces intérêts courent du soixante-unième jour à partir de la date de la consignation, jusqu'à celui du remboursement. Les sommes qui restent moins de soixante jours, ne portent aucun intérêt. (*Ordonn. du 3 juillet 1816. Bull. n° 876, art. 14.*)

(2) Ainsi, il suffira d'une ordonnance du commissaire pour opérer le retirement. Mais le remboursement ne peut avoir lieu que dix jours après la notification de ladite ordonnance, faite au préposé de la caisse; pendant lesquels dix jours, les intérêts continuent de courir. (*Ibid.*, *art.* 15.)

Il faut observer que les préposés en demeure sont contraignables par corps; et que les ayant-droit ont, en cas de non-paiement, recours sur la caisse, pourvu qu'ils aient fait enregistrer la reconnoissance du préposé au bureau du lieu de la consignation, dans le délai de cinq jours, à compter de la consignation. (*Ibid.*)

(3) Même ceux non commerciaux.

(4) A partir de quelle époque? Il paroit que c'est de la date de la lettre, ou de l'insertion aux journaux.

(5) *Récépissé*, et non un acte de dépôt, qui devroit être enregistré, au lieu que le récépissé n'en a pas besoin. (*Décision du Grand-Juge et du Ministre des Finances, rapportée dans le journal de Sirey, Décisions diverses,* 1809, *page* 12.)

(6) Comment seront vérifiées les créances des syndics? Je pense qu'il faut absolument pour la validité de la vérification, qu'il y ait un contradicteur intéressé. En conséquence, dès qu'il y aura un nombre de créanciers vérifiés, égal à celui des syndics, la vérification des créances de ces derniers se fera contradictoirement avec les créanciers déjà vérifiés,(*Argum. tiré de l'art.* 504) : les syndics affirmeront, et reprendront ensuite la vérification.

(7) L'art. 505 porte que le procès-verbal doit être dressé par le juge commissaire. Doit-on entendre par-là qu'il sera rédigé par le commissaire seul, ou par le greffier, sous la dictée du commissaire? On peut alléguer, sur ce point, l'art. 1040 du Code de Procédure qui veut que le juge, pour les actes et procès-verbaux de son ministère, soit toujours assisté du greffier. Mais cet article doit-il s'appliquer aux opérations des faillites? A Paris, par exemple, où le Tribunal de commerce est composé de vingt-quatre juges ou suppléans, non compris le président, tous commissaires de faillites, tous chargés de travaux de ce genre, il faudroit donc établir autant de greffiers. Sinon, il en résulteroit l'inconvénient que les opérations, qui sont déjà fort arriérées, vu le grand nombre de faillites, le seroient encore davantage, par la difficulté de réunir le commissaire et le greffier.

N'y auroit-il pas d'ailleurs de l'inconvénient à mettre les juges de commerce, qui sont en quelque sorte les pairs des parties, qui exercent une juridiction toute paternelle, et même presque toujours volontaire, dans les faillites, à les mettre, dis-je, sur la même ligne que les

juges civils, dont la juridiction est, au contraire, presque toujours contentieuse? Cependant je ne dois pas dissimuler qu'une décision de Leurs EE. les Ministres de la justice et des finances, rapportée par Sirey, *loco citato*, a déclaré l'art. 1040, applicable à ces sortes d'opérations.

Page 263.

(1) *Quid*, s'il s'agit des créances des syndics? La déclaration en est faite et signée par les créanciers qui ont procédé à leur vérification (*Voy. la note* 6 *de la page précédente*).

(2) *Quid*, s'il n'affirme pas dans ce délai? Appliquer les art. 510 et suivans.

Page 264.

(1) *Compulsoire.* On appelle ainsi la délivrance de copie ou d'une expédition d'un acte, faite en vertu de l'ordonnance du juge. Ici, le compulsoire a lieu par suite d'une commission rogatoire que le juge commissaire fait adresser au Tribunal de commerce du lieu où les livres sont déposés, (*art.* 16). Cette formalité est exigée, afin d'assurer la conformité de l'extrait au registre.

(2) *Au greffe du Tribunal de commerce*, quelle que soit la nature de la créance. Il paroît que la faillite attribue juridiction au Tribunal de commerce, même pour les objets étrangers au commerce. *Sic* jugé à Paris, le 25 avril 1811, (SIREY, 1811, 2e. P., p. 370).

(3) *Qu'il soit fait enquête.* Comme aussi il peut admettre les présomptions graves, précises et concordantes. Cassation, 12 décembre 1815 (SIREY, 1816, 1re P. p. 148).

(4) Ces noms sont pris sur la liste qui a dû être formée en exécution de l'art. 476.

(5) Et sans qu'il soit besoin de leur faire aucune sommation ; le tout afin de ménager les frais.

(6) Cet article est ainsi conçu :

« Si celui qui est assigné demeure hors de la France continentale, le délai sera :

« 1.° Pour ceux demeurant en Corse, dans l'île d'Elbe ou de Capraja, en Angleterre, et dans les états limitrophes de la France, de deux mois.

« 2.° Pour ceux demeurant dans les autres états de l'Europe, de quatre mois.

« 3.° Pour ceux demeurant hors d'Europe, en-deçà du cap de Bonne-Espérance, de six mois.

« Et pour ceux demeurant au-delà, d'un an. »

Page 265.

(1) Cette exclusion est de droit. On n'a pas besoin d'obtenir contre eux un jugement de déchéance, à l'expiration du délai.

(2) Par conséquent, la signature du concordat, la nomination des syndics définitifs, etc.

(3) S'ils forment opposition, faudra-t-il y faire statuer par un jugement qui les reçoive opposans? Je ne le pense pas : on procédera à la vérification de leurs créances ; et, si elles ne sont pas contestées, ils affirmeront, et seront compris dans les répartitions suivantes. Mais je ne pense pas qu'ils puissent attaquer aucun des actes faits jusqu'à leur comparution. Cependant, si l'un des créanciers qui n'ont pas comparu, attaquoit le concordat, par exemple, en offrant de prou-

ver que le failli est banqueroutier, je pense qu'il devroit être admis. La banqueroute est un délit qui ne peut être couvert que par la prescription admise en matière criminelle.

(4) L'auteur déjà cité prétend qu'ils pourront prélever dans les distributions subséquentes, ce qu'ils auroient dû toucher dans les précédentes. Il me semble que le texte de la loi répugne formellement à cette interprétation. L'article dit qu'ils seront *entièrement déchus*. Tout l'avantage qu'ils auront, c'est que n'ayant encore rien touché, ils viendront à contribution pour la totalité de leurs créances, tandis que les autres créanciers n'y viendront que pour ce qui leur reste dû, déduction faite des sommes déjà touchées par eux.

(5) Cette disposition a pour but de prévenir les manœuvres, à l'aide desquelles un banqueroutier, souvent frauduleux, parvenoit à faire signer un contrat d'atermoiement à ses créanciers. On veut qu'ils ne signent qu'en grande connoissance de cause.

(6) Quelle qu'elle soit, simple ou frauduleuse. L'art. 526 permet au Tribunal de refuser l'homologation du concordat, pour inconduite du failli; ce qui suppose que la banqueroute simple suffit pour l'empêcher.

Page 266.

(1) Il paroît que cette nullité est absolue, et pourroit être invoquée, même par les créanciers qui auroient signé le concordat. Le contraire a été jugé en cassation, le 25 février 1817 (*Bulletin* n° 17); mais je n'en persiste pas moins dans mon avis.

(2) Par conséquent, le commissaire peut s'opposer seul au concordat, quand même il n'existeroit aucune

réclamation de la part des créanciers. C'est toujours d'après le principe que la banqueroute intéresse l'ordre social, et doit, en conséquence, être poursuivie par le ministère public, d'office, et sans qu'il soit besoin d'aucune plainte ou dénonciation.

(3) Comment se fera cette convocation? Comme dans l'art. 476, par lettres, affiches, et insertion dans les journaux. Dans quel délai? Celui qui sera fixé par le commissaire, toujours *ex æquo et bono*. Ce délai doit, au surplus, être court. On vient de procéder à la vérification et à l'affirmation des créances. Les créanciers, ou leurs fondés de pouvoirs, doivent être sur les lieux.

(4) Y aura-t-il un notaire pour recevoir le concordat? Non. C'est le commissaire qui en tient lieu.

(5) *Quid*, s'il ne comparoît, ni personne pour lui? Il ne peut y avoir de concordat. Il est dès-lors en prévention de banqueroute simple, ou frauduleuse, suivant les circonstances. (*art.* 587 *et* 594).

Page 267.

(1) Si, toutefois, ils viennent en ordre utile. Mais comment pourra-t-on le savoir, les biens n'étant pas vendus? Le commissaire arbitrera *ex æquo et bono*, sauf le renvoi au Tribunal en cas de contestation.

(2) Ils n'ont pas d'intérêt.

(3) *Quid*, s'il y a des créanciers adhérens, qui ne savent pas signer? Je pense que l'attestation du commissaire suppléera, comme celle du notaire dans les autres actes.

(4) *Séance tenante*. On a voulu empêcher, par-là,

les manœuvres qui avoient lieu anciennement. On commençoit par faire signer le concordat par deux ou trois créanciers complaisans, et quelquefois même simulés. On le colportoit ensuite séparément chez les différens créanciers; et on parvenoit, à force de sollicitations, et par lassitude, à arracher un nombre suffisant de signatures. On a pensé, avec raison, qu'il seroit plus difficile de venir à bout des créanciers réunis. Mais il est bien entendu que, si le nombre des signatures données séance tenante, suffit pour la validité du concordat, les autres signatures données hors de la séance, ne peuvent préjudicier à cette même validité. *Nismes*, 18 mai 1813, (SIREY, 1815; 2e P., p. 119).

(5) *Les trois-quarts*, etc. Autrefois, les trois-quarts en somme suffisoient. Maintenant il faut, en outre, qu'il y ait majorité en nombre; et avec raison. On complétoit souvent les trois quarts avec des créanciers simulés, qui n'avoient pas honte de faire des affirmations frauduleuses. On a vu même un ou deux créanciers de ce genre, former à eux seuls les trois-quarts, et venir opérer froidement la ruine des créanciers légitimes. Aujourd'hui, du moins, il faudra la majorité en nombre; ce qui rendra la fraude beaucoup plus difficile.

(6) *Remise*. Comment doit-être entendue cette expression? Est-ce une nouvelle délibération qui doit avoir lieu, ou bien est-ce la même qui continue? La question est importante. Car, dans le premier cas, toutes les adhésions données au concordat dans la première séance, sont comme non avenues, et les créanciers qui les ont données, peuvent les rétracter. Si, au contraire, c'est la même délibération qui continue, tout ce qui a été fait dans la première séance, est valable, et il n'est pas même nécessaire d'appeler à la seconde les créanciers qui ont adhéré. La signification propre du mot *remise*, paroît favoriser la première interprétation; et c'est effective-

ment ainsi qu'on l'entend au Tribunal de commerce de Paris.

(7) *Définitivement nul*, c'est-à-dire, qu'il ne sera pas obligatoire, même pour ceux qui l'auront signé. Mais doit-on conclure de-là que le débiteur ne peut plus, de ce moment, faire d'arrangement avec aucun de ses créanciers? Je ne le pense pas. On ne peut interdire à une personne le droit de faire remise à son débiteur, quand elle le juge convenable. Mais ce ne sera pas un concordat. Ce sera un arrangement particulier qui ne pourra être opposé, en aucune manière, à ceux qui ne l'auront pas signé. Mais sera t-il obligatoire au moins pour ceux qui l'auront signé? Je pense qu'il faut distinguer : s'il est rédigé en forme de concordat, il ne sera obligatoire pour personne. Dans le cas contraire, il vaudra contre ceux qui l'auront signé.

(8) *Dans huitaine pour tout délai.* Jugé en Cassation, le 26 avril 1820, (SIREY, 1821, 1re P., p. 7), que ce délai court même à l'égard des créanciers qui n'ont pas figuré dans le concordat, si toutefois ils ont été mis en demeure de la manière accoutumée, c'est-à-dire, par avis insérés dans les journaux.

Page 268.

(1) *Quid*, s'il n'y a pas eu d'opposition? Puisque l'on donne huitaine aux créanciers pour former opposition, je pense que l'homologation ne doit avoir lieu qu'après cette huitaine expirée. Qui la poursuivra? Ce doit être naturellement le failli, ou tout autre qui en a été chargé par lui.

Peut-on interjeter appel du jugement qui statue sur les oppositions? Oui, sans doute; l'appel est de droit commun, il faudroit une disposition spéciale pour l'empêcher. Mais quel sera le délai? D'après la même règle,

ce sera le délai de trois mois. *Sic* jugé, et avec raison, à Colmar, le 17 mars 1813, (SIREY, 1814, 2ᵉ P., pag. 140).

(2) Et ce, à ce qu'il paroît, quand tous les créanciers ne seroient pas justiciables de ce tribunal. C'est ici la qualité du failli qui détermine la compétence.

(3) L'homologation a lieu sur requête, et sans appeler qui que ce soit. Il ne doit plus y avoir de contradicteur, puisque les oppositions sont levées, ou que le délai pour les former, est expiré.

(4) *D'office*, parce que, comme nous l'avons dit, la banqueroute est regardée comme un délit public, en ce qu'elle porte atteinte au crédit qui est l'âme du commerce, et la source de la prospérité de l'état.

Quid, si le prévenu est acquitté? Le Code n'a pas prévu ce cas. Je pense que les choses doivent rester dans le même état, et que le Tribunal de commerce n'est pas obligé, pour cela, d'homologuer le concordat.

(5) *Le failli excusable*. Mais cette décision du tribunal aura-t-elle pour effet d'empêcher la plainte en banqueroute de la part des créanciers contre lesquels l'homologation auroit été prononcée, tellement que le failli puisse leur opposer l'exception de la chose jugée? Je ne le pense pas, pour deux raisons:

La première, c'est que ce seroit constituer le Tribunal de commerce en jury d'accusation, puisque la déclaration d'excusabilité faite par lui, auroit pour effet de paralyser l'action de la justice criminelle.

La deuxième, c'est qu'aux termes des articles 2053 et 2057 du Code Civil, la transaction, qui est un acte volontairement consenti, peut être rescindée pour cause de dol, et pour découverte de nouvelles pièces retenues par le fait de la partie. Ce dernier motif est également un

moyen de requête civile contre les jugemens en dernier ressort.

Cette dernière raison me porteroit à penser que le droit de rendre plainte en banqueroute appartiendroit non-seulement aux créanciers opposans au concordat, mais encore à ceux qui l'auroient volontairement signé. C'étoit l'ancienne jurisprudence, fondée sur les dispositions de la déclaration du 12 juin 1716, portant que « tout failli qui n'auroit pas déposé un état exact, dé-« taillé, et certifié véritable, de tout son actif et de « tout son passif, ainsi que ses livres et registres, pour-« roit, nonobstant tout contrat d'atermoiement, juge-« ment ou arrêt d'homologation, être poursuivi extraor-« dinairement comme banqueroutier frauduleux, soit « par le ministère public, soit par la masse des créan-« ciers, soit par un seul, sans le consentement des « autres; et ce, quand même ce créancier auroit signé « lesdits contrats, ou qu'ils auroient été homologués « avec lui. »

Remarquez en outre que le système contraire auroit pour effet d'interdire à la minorité des créanciers la faculté de poursuivre le failli comme banqueroutier frauduleux. En effet, un concordat est signé par les trois quarts en somme et la majorité en nombre. La minorité s'oppose à l'homologation; elle allègue des faits de banqueroute : néanmoins l'homologation est prononcée. Appel, arrêt confirmatif; et comme c'est une question de fait, il n'y a pas moyen de faire casser. Si donc l'on prétend qu'il y a, dans ce cas, chose jugée, il en résultera que les tribunaux civils auront prononcé seuls et définitivement sur une action criminelle de haute importance. Ce système n'est pas soutenable. Jugé dans ce sens en cassation, le 7 septembre 1810, (Sirey, 1811, 1re P., p. 4); mais voir un autre arrêt de la même Cour, du 9 mars 1811 (*Ibid.*, 1811, p. 145).

(6) Excepté toutefois les créanciers privilégiés, et les

hypothécaires venant en ordre utile, qui ne peuvent être forcés d'adhérer au concordat.

Observez que l'homologation est nécessaire quand même il n'y auroit pas d'oppositions. Autrement, tout ce qui seroit fait en vertu de ce concordat, pourroit être argué de nullité par les créanciers qui n'auroient pas adhéré. *Sic* jugé en Cassation le 14 mars 1810, (SIREY, 1810, 1re P., p. 219) : et même quand tous les créanciers ont adhéré, il est encore utile de faire homologuer, ne fût-ce que pour rassurer les tiers qui auroient occasion de traiter avec le failli.

(7) *A chacun d'eux*, même aux chirographaires, lesquels primeront, en conséquence, les hypothécaires qui pourroient survenir au failli par la suite.

On entend, en général, actuellement, par créancier *chirographaire*, celui qui n'a pas d'hypothèque. Le mot *chirographus*, d'où a été formé *chirographaire*, vient des deux mots grecs χειρ, χειρος, *main*, et γραφη, *écriture*. Il signifie un acte écrit de la main de celui qui l'a signé. Ainsi, le mot *chirographaire* devroit signifier strictement le créancier qui n'a qu'un titre sous seing-privé. Il étoit pris dans ce sens, avant la loi de brumaire an 7, parce qu'alors, tous les actes notariés emportoient hypothèque de plein droit. Il n'y avoit donc que les créanciers sous seing-privé qui ne fussent pas hypothécaires. Mais cette loi, et le Code depuis, ayant décidé qu'il n'y auroit d'hypothèque conventionnelle, que celle qui auroit été formellement stipulée, et affectée sur des immeubles spécialement désignés, on a appelé *créanciers chirographaires*, non-seulement ceux qui n'ont que des titres sous seing-privé, mais encore ceux qui ont des actes notariés, mais sans stipulation d'hypothèque, parce qu'effectivement, sous le rapport du droit sur les biens, les uns et les autres sont parfaitement égaux.

Nous disons, *sous le rapport du droit sur les biens*, parce que, sous le rapport de la foi due au titre, il y a toujours une grande différence. En effet, le titre sous

seing-privé peut être dénié par celui à qui on l'oppose, ou par ses héritiers; et alors, c'est à celui qui veut en faire usage, à en prouver la véracité; tout titre notarié, au contraire, est authentique, c'est-à-dire, qu'il fait foi par lui-même, et qu'il ne peut être attaqué que par l'inscription de faux; et alors, c'est à celui qui le prétend faux, à en prouver la fausseté. De plus, l'exécution forcée de l'acte notarié peut avoir lieu de suite, quand il est en forme exécutoire. Celle de l'acte sous-seing-privé ne peut avoir lieu dans aucun cas, à moins qu'elle n'ait été ordonnée par jugement.

(8) *Générale.* J'ai ajouté ce mot pour faire voir qu'il ne s'agit pas ici des hypothèques que les différens créanciers pourroient avoir, en vertu de leurs titres particuliers. Nous venons de voir que les créanciers hypothécaires ne sont pas parties dans le concordat. D'ailleurs, ils conservent leurs hypothèques par les moyens ordinaires : ils n'ont pas besoin pour cela du jugement d'homologation. Il s'agit ici de l'hypothèque acquise à tous les créanciers, soit chirographaires, soit hypothécaires ne venant pas en ordre utile, par l'inscription que les agens ont dû prendre, conformément à l'art. 500.

(9) Présens et à venir. Cette hypothèque est judiciaire, et frappe par conséquent tous les biens, présens et à venir. (*C. C.*, *art.* 2123).

Page 269.

(1) *Les syndics remettent au failli.* Et ils peuvent être condamnés à effectuer cette remise, solidairement, et même par corps, s'il y a lieu, conformément à l'art. 126 du Cod. de Procéd. *Sic* jugé en Cassation, le 18 janvier 1814. (SIREY, 1814; 1re p., p. 57.)

(2) *Voyez* l'Ordonnance du Commerce, titre 10.

(3) Remarquez que, s'il vient à être prouvé que le failli a retenu quelques-unes des choses qui devoient être comprises dans la cession, les créanciers peuvent en demander l'annullation, même quand elle seroit volontaire. C'est une conséquence de l'art. 1184 du Code Civil.

(4) *De tous ses biens*. Mais je pense qu'il pourroit réclamer le bénéfice de l'art. 529.

(5) Autrement, la clause de renonciation à ce bénéfice deviendroit de style dans tous les contrats, et la disposition de la loi seroit illusoire. D'ailleurs, c'est en quelque sorte stipuler sur sa liberté, que de renoncer au droit de la demander : et toute stipulation semblable est nulle. (*Argum. tiré des art.* 1780 *et* 2063 *du Code Civil*.

(6) *Auxquels on peut reprocher de la fraude*. La présomption de bonne foi, établie par l'art. 2268 du Code Civil, a-t-elle lieu ici ? Non ; c'est au débiteur à prouver la cause de son insolvabilité. *Bordeaux*, 30 août 1821. (SIREY, 1822; 2e p., p. 60.)

(7) *Quid*, s'il y a présomption de banqueroute simple ? Je pense que cela ne doit point empêcher le bénéfice de cession. Il paroît résulter des dispositions de la loi, qu'elle n'a entendu exclure que ceux qui sont en fraude.

Page 270.

(1) Donc, la vente d'un meuble dont on sait n'être pas propriétaire, ne peut donner lieu à l'accusation de stellionat. Mais il pourroit, suivant les circonstances, y avoir lieu à celle d'escroquerie.

(2) *Quid*, si l'emprunteur, sans déclarer ses biens

libres, s'est contenté de ne point déclarer les hypothèques? Il faut distinguer : si l'hypothèque est judiciaire ou conventionnelle, il n'y a pas stellionat. Ces sortes d'hypothèques n'ayant d'effet contre les tiers, qu'autant qu'elles sont inscrites, le créancier pouvoit consulter les registres du conservateur. Mais s'il s'agit de l'hypothèque légale d'un mineur ou d'une femme mariée, comme elle n'a pas besoin d'être inscrite pour valoir, même contre les tiers, le mari, ou le tuteur, qui n'en a pas fait la déclaration expresse, est réputé stellionataire, si elle n'est pas inscrite. (*C. C.*, *art.* 2136.)

(3) A quel Tribunal; est-ce au Tribunal civil, ou à celui de commerce? Quelques personnes pensent que la demande doit être portée au Tribunal de commerce, lorsque toutes les créances sont commerciales. Elles se fondent sur l'art. 635 du Code de Commerce, au 4.°, portant, que les Tribunaux de Commerce connoissent des cessions de biens faites par les faillis.

Je pense, au contraire, que, dans tous les cas, la demande doit être portée au Tribunal civil. Je me fonde,

1.° Sur ce que l'admission de la demande à fin de cession, exige une connoissance de cause, qui me paroît excéder les bornes des attributions du Tribunal de Commerce.

2.° Sur ce que l'art. 572 du Code de Commerce porte que, si le débiteur est détenu, le jugement qui l'admet au bénéfice de cession, ordonnera son extraction. Or, les Tribunaux de Commerce n'ont pas ce droit : (*C. P. art.* 442).

3.° Sur l'article même 635, cité à l'appui de l'opinion contraire. Car il y est dit formellement que les Tribunaux de Commerce connoissent des cessions de biens, *pour la partie qui en est attribuée à ces Tribunaux, par l'art.* 901 *du Code de Procédure*, Or, cette partie n'est que la réitération faite par le débiteur

en personne, de la cession précédemment admise. Donc le Code de Commerce, en disant que les Tribunaux de Commerce ne connoissent des cessions de biens que pour cette partie, leur en interdit la connoissance pour le surplus.

Page 271.

(1) En effet, le débiteur, en faisant cession, n'a pas l'intention d'abdiquer la propriété de ses biens, mais seulement de se décharger de la contrainte par corps. Il est censé donner pouvoir à ses créanciers de vendre ses biens, pour se payer sur le prix. Ce n'est donc que par la vente qu'il est exproprié. Jusque-là, il peut révoquer la cession, en payant tout ce qu'il doit : et si, par événement, ce qui est à la vérité fort rare, tous les créanciers payés, il restoit quelque chose du prix, il n'y a pas de doute qu'il ne pût le réclamer.

Quid, si la cession est volontaire? Jugé en cassation, le 27 juin 1809, qu'elle ne transfère pas davantage la propriété. (SIREY, 1810; 1re p., p. 254.)

Page 272.

(1) Pour quelque cause que ce soit, refus des créanciers, opposition du commissaire, refus d'homologation, absence à dessein du failli, etc.

(2) *Les créanciers*, sans distinction des hypothéquaires ou chirographaires. Il n'en est pas ici comme dans le concordat, où les hypothéquaires venant en ordre utile, ne doivent pas être admis à délibérer, parce qu'étant sûrs d'être payés, tout atermoiement leur seroit, ou indifférent, ou préjudiciable. Mais, dans le contrat d'union où il s'agit de donner pouvoir aux syndics de vendre les biens, même ceux hypothéqués, il est évident que les hypothéquaires ont un intérêt, et doivent, par conséquent, être appelés.

(3) *Assemblés.* Comment seront-ils convoqués? Par les papiers publics et par lettres des syndics, ainsi qu'il est dit art. 502, pour la vérification des créances, objet au moins aussi important que le contrat d'union.

(4) C'est-à-dire, que l'on comptera les personnes seulement, et non les sommes dues. En effet, il y a bien ici un intérêt pour les créanciers, mais pas aussi fort que dans le concordat qui peut contenir, et qui contient, le plus souvent, remise de partie de la dette.

(5) Autre différence avec le concordat, pour lequel il faut les trois quarts des sommes dues à tous les créanciers vérifiés, en général, absens ou présens. Mais observez qu'on ne doit pas appliquer à ce contrat l'art. 522, qui veut que le concordat soit signé séance tenante, ou tout au moins dans la huitaine. Il n'y a pas parité de raison.

(6) Les syndics provisoires peuvent-ils être nommés syndics définitifs? Oui. (*Motifs*). Et alors, le compte dont il est question dans la section suivante, n'aura pas lieu.

(7) Ce n'est pas, cependant, que le contrat d'union ne doive être exécuté, même par les refusans, contre lesquels, s'ils contestent, il faudra bien en faire ordonner l'exécution, s'il y a lieu. Mais il y a cette différence avec l'homologation du concordat, que celle-ci doit avoir lieu, quand même tous les créanciers auroient adhéré.

Il a été jugé en cassation, le 14 mars 1810, que, s'il n'y a pas eu d'homologation, les créanciers qui n'ont pas accédé au contrat d'union, ne sont pas liés par les jugemens rendus contre les syndics, (SIREY, 1814; 1re P. p. 140).

Page 273.

(1) Il est évident, d'après ce qui a été dit ci-dessus, que, si le défaut de concordat provient du refus d'homologation, il n'y a pas lieu à une nouvelle déclaration du tribunal sur l'excusabilité du failli.

(2) *De représenter la masse des créanciers.* Mais bien entendu lorsque tous les créanciers ont le même intérêt. Car s'il y en a qui aient un intérêt opposé à celui de la masse, il est évident qu'ils ne peuvent être représentés par les syndics. Cassation, 26 juillet 1814; (*Bulletin* n° 77).

Page 274.

(1) Dans quelle forme se fera cette vente? Nous avons vu ci-dessus que les syndics provisoires pouvoient faire vendre les effets du failli, soit aux enchères, soit par courtiers, soit à l'amiable, à leur choix. Les syndics définitifs doivent avoir, à plus forte raison, cette faculté, et ils ont par conséquent le droit de désigner les officiers ministériels qui doivent procéder à la vente. Paris, 27 février 1813, (Sirey, 1813, 2e P. p. 288).

(2) *Sous la surveillance du commissaire.* Mais il n'est pas nécessaire d'obtenir son autorisation pour procéder. Paris, 23 avril 1812, (Sirey, 1814; 2e P. p. 31).

(3) Dérogation à l'article 614 du Code de Procédure.

(4) Ici on appelle le failli, parce qu'il s'agit de traiter à forfait; ce qui peut occasioner quelques sacrifices. Et d'ailleurs, comme les sacrifices doivent être proportion-

nés au plus ou au moins de certitude du recouvrement, c'est au failli, plus qu'à tout autre, qu'il appartient de donner des renseignemens à ce sujet.

(5) *Dans tous les cas*, c'est-à-dire, même quand il y auroit prévention de banqueroute simple ou frauduleuse. D'ailleurs, comme ce sont les syndics qui proposent, ils peuvent mettre telle économie qu'ils voudront dans la proposition. L'on a même jugé, et avec raison, à Paris, le 29 avril 1812, que le failli avoit capacité d'ester en jugement, pour demander cette remise, (SIREY, 1814; 2e P., p. 147). Mais aussi, l'on a jugé à la même Cour, le 27 décembre 1815, (*ibid*, 1816, p. 106), que, s'il étoit dû des loyers, il ne pourroit être remis au failli, au préjudice du prix de location, que les objets compris dans le n° 2 de l'art. 592 du Code de Procédure.

(6) Différence avec le cas précédent. Pour que le failli puisse demander et obtenir le secours pécuniaire, il faut qu'il n'y ait pas contre lui de présomption de banqueroute, même simple. La loi ne distingue pas.

(7) Ainsi les vêtemens, hardes et linge, sont accordés par le commissaire seul, sur la proposition des syndics; tandis que le secours pécuniaire ne peut être accordé que par le Tribunal, sur la même proposition, et le rapport du commissaire; et ce, pour plusieurs raisons : 1°, parce que le besoin n'est pas tout-à-fait aussi urgent; 2°, parce que l'objet est plus considérable; et enfin, parce que la concession du secours exige une connoissance de cause, qui excède les attributions du commissaire.

Page 275.

(1) *Sont encore de poursuivre.* Cette poursuite doit avoir lieu devant les Tribunaux civils. Ceux de com-

merce ne peuvent connoître de l'exécution de leurs jugemens, (*Procéd.* 442), et cela a même été décidé formellement par un avis du Conseil d'Etat, approuvé le 9 décembre 1810, (*Bulletin*, n° 6145).

(2) Donc, s'il y en a une de formée, elle doit être continuée à la requête du poursuivant. Mais je crois que les syndics ont le droit d'y intervenir.

Que deviennent les fonds? Doivent-ils rester entre les mains de l'adjudicataire jusqu'à la délivrance des bordereaux de collocation, conformément à l'art. 771 du Code de Procédure, ou doivent-ils être versés dans la caisse de l'union? Je pencherois pour ce dernier avis, d'après l'art. 527, qui donne au caissier le droit de recevoir *toute espèce de recouvrement*. D'ailleurs, le caissier est l'homme des créanciers; sa quittance doit donc valoir décharge pour l'adjudicataire, et main-levée, à son égard, des inscriptions hypothécaires, qui tiennent entre les mains du caissier, le tout sauf le droit de surenchère accordé par l'art. 710 du Code de Procédure.

(3) *Tout créancier*, même chirographaire; mais il faut être créancier. C'est une dérogation à l'art. 710 du Code de Procédure, qui permet à toute personne, même non créancière, de surenchérir. A la vérité, il faut, dans ce dernier cas, que la surenchère soit du quart. Ainsi, telle est la distinction à établir : lorsqu'il a été formé une action en expropriation avant la nomination des syndics définitifs, elle doit être poursuivie par celui qui l'a formée, suivant les formes déterminées par le Code de Procédure; et la surenchère ne peut avoir lieu, que conformément à l'art. 710 dudit Code. Dans le cas contraire, les biens sont vendus à la requête des syndics, dans la forme prescrite par l'art. 564 du Code de Commerce; et la surenchère peut avoir lieu conformément aux règles établies dans l'art. 565; comme aussi, dans ce dernier cas, elle peut avoir lieu

de la part de toute personne, mais à la charge de surenchérir du quart au moins. *Sic* jugé à Aix, le 10 juin 1813, (SIREY, 1814; 2e P. p. 64).

Page 276.

(1) Afin qu'ils puissent les contester, s'ils les croient préjudiciables à leurs droits.

Page 277.

(1) C'est cette masse qui est appelée dans le Code, *masse chirographaire*, parce qu'elle est le gage de tous les créanciers, sans distinction entre les hypothécaires, et ceux qui ne le sont pas.

La masse hypothécaire, au contraire, est le produit de la vente des immeubles hypothéqués : produit auquel les créanciers chirographaires n'ont aucun droit, tant qu'il reste à payer des créanciers ayant une hypothèque générale ou spéciale sur les immeubles vendus.

(2) *Leur compte*, qui est, en même temps, celui du caissier, dont la dernière répartition émargée sera le *quitus*.

(3) Mais remarquez que le failli n'est toujours libéré, que jusqu'à concurrrence de ce qui a été payé aux créanciers.

Page 278.

(1) Qui contestera? Il n'est pas dit, en effet, que l'état des privilégiés doive être signifié aux créanciers; et d'ailleurs, cela entraîneroit trop de frais. Je pense, qu'en général, le droit de contester les priviléges appartient aux syndics qui sont responsables de leurs

opérations; sans préjudice, néanmoins, de la faculté que doit avoir tout créancier de contester également les priviléges prétendus.

Mais quels sont les créanciers privilégiés sur les meubles? Ce sont :

1° Le trésor public, pour le recouvrement des contributions directes de l'année échue et de celle courante. Ce privilége s'exerce, savoir :

Pour la contribution foncière, sur les récoltes, fruits, loyers et revenus des biens sujets à contribution;

Et pour la contribution mobilière, celle des portes et fenêtres, des patentes, et toute autre contribution directe et personnelle, sur tous les meubles et autres effets mobiliers du redevable, en quelque lieu qu'ils se trouvent. (*Loi du* 12 *novembre* 1808. *Bulletin n°* 3886.)

La Régie des Douanes a également privilége sur les meubles et effets mobiliers des redevables, pour les droits dus par eux; et ce, par préférence à tous créanciers, excepté les frais de justice, et autres compris sous le n° 2101 du Code Civil, les loyers pour six mois seulement, et sauf aussi la revendication formée par les propriétaires des marchandises qui sont encore sous balle et sous corde. (*Loi du* 22 *août* 1791, *tit.* 13, *art.* 22.)

2° Les frais de justice, dans lesquels sont compris les frais d'administration de la faillite, faits, tant par les agens que par les syndics. Rouen, 6 novembre 1812. (SIREY, 1816; 2e part., pag. 124.)

3° Les salaires des gens de service, pour l'année échue, et ce qui est dû sur l'année courante.

4° Les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille, pendant les six derniers mois, pour les marchands en détail, tels que boulangers, bouchers, et autres; et pendant la dernière année, pour les maîtres de pension et les marchands en gros.

Si le failli est décédé, on y joint les frais funéraires, qui sont payés immédiatement après les frais de justice; et on y ajoute les frais de la dernière maladie, concur-

remmment entre ceux à qui ils sont dus, et qui viennent après les frais funéraires.

Tous ces priviléges, à l'exception de celui du Trésor public, s'exercent subsidiairement sur les immeubles. (*C. C.*, *art.* 2101 *et* 2105.)

5° Les sommes dues pour les semences et pour les frais de la récolte de l'année, sur le prix de cette récolte; et celles dues pour ustensiles, sur le prix desdits ustensiles.

6° Les loyers et fermages, sur les fruits de la récolte de l'année, et sur le prix de tout ce qui garnit la maison ou la ferme, et de ce qui sert à l'exploitation, savoir : pour tout ce qui est échu et à échoir, si le bail a une date certaine, sauf aux syndics, à relouer au profit de la masse, pour le restant du bail. Si le bail n'a pas de date certaine, le privilége n'a lieu que pour l'année courante, et une année en sus. Dans les deux cas, le privilége a lieu pour les réparations locatives, et pour tout ce qui concerne l'exécution du bail.

7° Les frais faits pour la conservation d'une chose, sur la chose conservée. (*C. C.*, *art.* 2102.)

8° Les avances faites par le commissionnaire-vendeur, sur les marchandises à lui expédiées, si toutefois le failli ne réside pas dans le même lieu. (*Art.* 93.)

9° Le montant du fret et de la contribution pour avarie, sur les marchandises transportées. (*Art.* 307 *et* 428.)

10° Les priviléges mentionnés dans l'article 191 du Code de Commerce, sur le navire qui en est l'objet.

11° Le vendeur, sur les objets vendus, étant encore en la possession du débiteur.

12° Les fournitures de l'aubergiste, sur les effets appartenant au failli, et qui ont été transportés dans son auberge.

13° Les frais de voiture, et dépenses accessoires, sur la chose voiturée.

14° Le montant des condamnations obtenues contre les fonctionnaires publics, pour abus et prévarications

commis par eux dans l'exercice de leurs fonctions; et ce, sur les fonds de leurs cautionnemens, et les intérêts qui peuvent en être dus. (*C. C. art.* 2102.)

15° La créance du bailleur de fonds pour tout ou partie du cautionnement des fonctionnaires publics, sur ledit cautionnement, et les intérêts échus. (*Loi du* 15 *nivose an* 13, *Bulletin*, *n°* 468; *et Décret du* 28 *août* 1808, *Bulletin*, *n°* 3727.)

16° Le Trésor public, si le failli est comptable; et le Trésor de la couronne, dans le même cas. Ces deux priviléges s'exercent subsidiairement sur certains immeubles. (*Loi du 5 septembre 1807, Bull. n° 2775; et avis du Conseil d'état, approuvé le 25 février 1808, Bulletin, n° 3141.*)

17° Les frais faits pour la défense personnelle du condamné, en matière criminelle, correctionnelle, et de police, sauf règlement, en cas de contestation, par le Tribunal qui a prononcé la condamnation.

18° Les droits du Trésor public pour le recouvrement des frais de justice en mêmes matières.

Ces deux derniers priviléges s'exercent aussi subsidiairement sur les immeubles. (*Loi du 5 septembre 1807, art. 4, Bulletin n° 2743.*)

19° Les facteurs de la Halle aux Farines de Paris, pour le prix des farines livrées aux boulangers de ladite ville sur le carreau de la Halle. Ce privilége s'exerce sur le produit des quinze sacs formant le dépôt de garantie du boulanger débiteur. (Décret du 27 février 1811. *Bulletin, n° 6555.*)

20° La ville de Paris, pour le remboursement des frais faits par la caisse de Poissy, sur le cautionnement des bouchers, sur la valeur estimative des étaux vendus à des tiers, ou supprimés et rachetés par le commerce de la boucherie, et sur ce qui est dû aux bouchers pour viande fournie. (Décret du 6 février 1811, art. 31. (*Bulletin, n° 6513*); et sur les créances des bouchers pour peaux et suifs. (Décret du 15 mai 1813, article 4. (*Bulletin, n° 9241.*)

(2) Quel Tribunal? Celui de commerce, si le privilége résulte d'une cause qui soit de la compétence de ce Tribunal. *Secùs*, ce sera le Tribunal civil. C'est pour cela que l'article ne dit pas que la contestation sera jugée sur le rapport du commissaire.

(3) Il faut entendre cela du cas, où le créancier auroit été placé sur l'état des privilégiés par les syndics, et où son privilége auroit été contesté par un autre créancier. Car, si c'étoit les syndics eux-mêmes qui eussent contesté, je crois que les frais devroient être supportés par la masse, quand même les syndics succomberoient, à moins, cependant, qu'il ne fût évident que la contestation étoit une véritable chicane de leur part. (*Argum. tiré des art.* 589 *et* 590.)

(4) *Suffisant*, et contracté valablement, c'est-à-dire conformément aux articles 2074, 2075 et 2076 du Code Civil.

Page 279.

(1) *Est vendu par le créancier.* Le créancier peut donc vendre le gage, sans que les syndics puissent user à cet égard du droit qui leur est attribué, relativement aux meubles du failli, par l'art. 528.

(2) Cet article décide une question qui étoit très-controversée. C'est celle de savoir quels sont les droits d'un créancier qui a plusieurs débiteurs solidaires, tous en faillite, par exemple : Pierre, créancier de 2,000 f., a trois débiteurs solidaires, Denis, Jacques et Paul, qui font tous trois faillite. Trois directions s'établissent. Paul donne 50 pour 100; Denis, 40; et Jacques, 30. Il sembleroit, au premier coup d'œil, que Pierre ne dût rien perdre. Cependant il y avoit, à cet égard, trois opinions.

La première, qui étoit celle de SAVARY (*Parères*

15 *et* 48), étoit, que le créancier ne pouvoit se présenter que dans l'une des trois directions, sauf à opter celle qui lui paroissoit la plus avantageuse. Il se fondoit sur ce que le créancier ayant figuré dans une direction pour la totalité de son dû, étoit censé avoir reçu cette même totalité; d'où il résultoit qu'il ne pouvoit plus agir contre les autres débiteurs. Cette opinion a eu peu de sectateurs.

La seconde opinion, qui étoit celle de LA SERRA, BOUTARIC, JOUSSE et POTHIER, étoit, que le créancier pouvoit se présenter dans les trois directions; mais qu'après avoir reçu dans la première une portion de sa créance, il ne pouvoit entrer dans les autres que successivement, et pour ce qui lui restoit dû. D'après cette opinion, et en continuant l'espèce ci-dessus, Pierre se présente dans la direction de Paul, et y touche 1000 fr. Il n'est donc plus créancier que de 1000 f. Il est colloqué pour cette somme dans la direction de Denis, et touche 400 fr. Reste une somme de 600 fr., pour laquelle il est colloqué dans la direction de Jacques, et reçoit 180 fr. Il est donc en perte de 420 fr. Mais il paroît que cette opinion, qui étoit la plus générale, avoit été également proscrite en dernier lieu, ainsi qu'il résulte d'un arrêt du Conseil du 24 février 1778, rapporté par EMÉRIGON, (*des contrats à la grosse*, *chap.* 10, *sect.* 3), lequel a cassé un arrêt du Parlement d'Aix, qui avoit jugé dans le sens de cette seconde opinion.

Le Code de Commerce a consacré la doctrine de l'arrêt du Conseil, par son art. 534, ainsi conçu:

« Le créancier, porteur d'engagemens solidaires « entre le failli et d'autres coobligés qui sont en faillite, « participera aux distributions dans toutes les masses, « jusqu'à son parfait et entier paiement. »

Ainsi, dans l'espèce, Pierre sera colloqué dans chaque direction pour la totalité des 2000 fr. qui lui sont dus; et cela a été ainsi jugé en cassation, le 28 janvier 1817, (SIREY, 1817, 1re P. p. 97). Cette manière

d'opérer, qui paroît la plus conforme à l'équité, présente seulement l'inconvénient, que, dans le cas où la totalité de ce qui est payé dans toutes les directions, fait plus de 100 pour cent, comme dans l'espèce proposée, il arrivera que la direction à laquelle le créancier se présentera en dernier lieu, se trouvera déchargée aux dépens des autres. En effet, si Pierre eût été colloqué en premier lieu dans la direction de Jacques, il y eût pris 600 fr., tandis que, n'y étant colloqué qu'en dernier, il n'y peut prendre que 200 fr., puisqu'on le suppose avoir reçu 1800 fr. dans les deux premières directions.

Je pense que l'on pourroit remédier à cela, en donnant aux premières directions une action récursoire contre la dernière, pour le montant de ce qu'elle a payé, proportionnément moins qu'elles. Ainsi, dans l'espèce, en faisant supporter proportionnément la dette aux trois directions, d'après la répartition arrêtée, et en faisant les calculs nécessaires, on verra que la direction de Paul ne devoit payer que 833 fr. 33 c.; celle de Denis, 666 fr. 67 c.; et que celle de Jacques devoit payer 500 fr. Cette dernière, qui n'a réellement payé que 200 fr., sera donc débitrice, envers les deux autres, de 300 fr., qui seront répartis, savoir : 166 fr. 67 c. à la direction de Paul, et 133 fr. 33 c. à celle de Denis.

Quid, si de deux débiteurs solidaires, l'un est caution de l'autre?

Dans l'opinion que le créancier ne pouvoit se présenter que dans une seule masse, il étoit important de déterminer l'effet de l'action récursoire que la caution pouvoit avoir contre le débiteur, quand c'étoit à la masse de la caution que le créancier s'étoit présenté d'abord. Aujourd'hui que le créancier a droit de se présenter dans toutes les masses, l'action récursoire ne peut avoir lieu que dans le concours de deux circonstances; 1° si les deux masses réunies donnent plus de 100 pour cent, et 2°, si le créancier s'est présenté d'abord à la masse de la caution.

Soit en effet une lettre de change de 5000 fr., tirée par Pierre au profit de Jacques, qui l'a endossée au profit de Paul; Pierre et Jacques font faillite; la masse de Jacques donne 60 p. $\frac{0}{0}$, et celle de Pierre 70. Paul se présente d'abord à la masse de Jacques, et touche 1800 fr. : il ne peut plus exiger que 1200 fr. de celle de Pierre. Mais comme Pierre lui-même est garant de Jacques, il est évident que la masse de celui-ci a une action récursoire contre la masse de Pierre, pour se faire payer les 900 fr., qu'elle auroit payés de moins, si le porteur se fût présenté d'abord à la masse de Pierre.

Si au contraire le créancier se présente d'abord à la masse de Pierre, il touchera 2100 fr., et n'aura plus que 900 fr. à recevoir dans celle de Jacques. Mais comme Pierre est garant de Jacques, il est évident qu'il ne peut avoir de recours contre lui, à raison de ce que Jacques se trouve avoir payé de moins que 60 p. $\frac{0}{0}$ de la dette principale.

Page 280.

(1) Nous avons intitulé ce paragraphe, *des créanciers hypothécaires, simples ou privilégiés*, parce qu'il existe des créanciers qui ont, sur les immeubles, un privilége qui leur donne le droit d'être payés, de préférence aux créanciers hypothécaires simples, qui leur sont antérieurs; ce sont:

1.° Les créanciers mentionnés dans les numéros 2, 3 et 4, des priviléges sur les meubles. (*Voyez la note* (1) *de la page* 278).

2.° Le vendeur, sur l'immeuble vendu. S'il y a plusieurs ventes successives, le premier vendeur est préféré au second; le second au troisième; et ainsi de suite.

3.° Ceux qui ont été subrogés légalement aux droits

du vendeur, conformément aux dispositions de l'article 1251 du Code Civil.

4.° Les cohéritiers, sur les immeubles de la succession, pour la garantie des partages, et les soultes ou retours de lots.

5.° Les architectes, entrepreneurs, maçons, et autres ouvriers employés aux constructions et réparations, sur la plus value résultant desdites constructions, etc., après l'observation des formalités prescrites par l'article 2103 du même Code.

6.° Ceux qui ont été subrogés légalement auxdits architectes, etc. (*ibid.*)

7.° Le trésor public, si le failli est comptable, sur les immeubles acquis à titre onéreux par lui, postérieurement à sa nomination, sauf les droits des créanciers des précédens propriétairess.

8.° Le trésor de la Couronne dans le même cas, et avec les mêmes restrictions

9.° Les créanciers mentionnés dans les numéros 16 et 17 des priviléges sur les meubles, sauf, toutefois, le droit des créanciers antérieurs, inscrits, ou n'ayant pas besoin de l'être.

Le Code de Commerce ne s'occupe point du rang des créanciers hypothécaires entr'eux, rang qui doit être fixé d'après les dispositions du Code Civil. Mais il les considère tous en masse, relativement aux créanciers chirographaires, considérés de la même manière. C'est pour cela qu'il n'existe dans le Code de Commerce, aucune disposition particulière, relative aux créanciers privilégiés sur les immeubles, dont, encore une fois, les droits doivent être fixés d'après les dispositions des lois civiles.

(2) Les mineurs et les femmes mariées n'ont pas besoin d'inscription pour conserver leur hypothèque sur les biens de leurs tuteurs ou maris. (*C. C. art.* 2135).

Page 282.

(1) C'est cette distribution que l'on nomme *contribution*.

(2) C'est ce que l'on appelle *ordre*.

Page 283.

(1) Pour l'intelligence de ceci, un exemple est nécessaire :

Les biens d'un failli se composent :

1.° D'une maison de valeur de .	40,000 f.
2.° D'un actif mobilier valant .	16,000
Total. . .	56,000

Le montant de ses dettes est de 100,000 fr.; mais au nombre de ses créanciers, il s'en trouve quatre hypothécaires, dont les trois premiers en ordre, pour une somme de 10,000 fr. chacun, et le dernier, pour une créance de 30,000 fr.

Les dettes chirographaires montent à 40,000 fr.

Faisons maintenant les deux hypothèses prévues :

PREMIÈRE HYPOTHÈSE.

L'ordre se fait avant la contribution, c'est-à-dire, que la maison est vendue, et le prix distribué aux créanciers hypothécaires, avant la distribution de l'actif mobilier.

Dans cette hypothèse, les trois premiers créanciers hypothécaires sont payés en entier, et le dernier reçoit 10,000 fr. à compte de sa créance.

La contribution, c'est-à-dire, la distribution de l'actif mobilier, montant à 16,000 fr., se fait ensuite.

On y appelle, 1°, le créancier hypothécaire, auquel il est encore dû 20,000 fr., ci........... 20,000 fr.

2° Les créanciers chirographaires, pour la somme de....................... 40,000

Total...... 60,000

L'actif mobilier étant à ce total :: 4 : 15, il en résulte que chaque créancier doit toucher les $\frac{4}{15}$ de sa créance.

Le créancier hypothécaire recevra donc 5,333 fr. (en négligeant les centimes); ce qui, avec les 10,000 fr. qu'il a reçus dans l'ordre, fait un total de 15,333 fr., et une perte de 14,667 fr.

Les créanciers chirographaires recevront le double, ou 10, 667 francs, et seront en perte seulement de 29,333 fr.

SECONDE HYPOTHÈSE.

La contribution se fait avant l'ordre, c'est-à-dire, que les deniers mobiliers sont distribués avant le prix de la maison.

Les créanciers hypothécaires, ayant tous, comme on l'a dit, droit à cette distribution, et n'ayant encore rien touché sur leurs créances, viendront pour la totalité de ce qui leur est dû, et sans préférence, puisque l'hypothèque n'a aucun effet à l'égard des meubles.

Ainsi la masse des créanciers venant à la contribution, sera de 100,000 fr.; laquelle somme est à l'actif mobilier (16,000 fr.), comme 25 est à 4. Chaque créancier recevra donc les $\frac{4}{25}$ de ce qui lui est dû. Ainsi les hypothécaires recevront, savoir :

Les trois premiers, chacun 1,600 fr.; ce qui fait pour les trois.......................... 4,800 fr.

Le quatrième..................... 4,800

Et les créanciers chirographaires...... 6,400

Total égal...... 16,000

L'on voit que, dans cette hypothèse, les créanciers chirographaires perdent 33,600 fr., au lieu de 29,333, qu'ils perdoient seulement dans la première : différence, 4,267 fr.

Quant aux créanciers hypothécaires, il ne leur reste dû que, savoir :

Aux trois premiers, chacun 8,400, ce qui fait pour les trois........................... 25,200 fr.

Et au quatrième................. 25,200

Total...... 50,400

Lorsqu'ensuite la maison est vendue, et le prix, montant à 40,000 fr., distribué, il sert à payer,

1° Les trois premiers créanciers hypothécaires en entier, ci,........................ 25,200 fr.

2° Au quatrième créancier, un à compte de.............................. 14,800

Total....... 40,000

En conséquence, ce dernier qui a reçu,

1° Dans la masse chirographaire...... 4,800 fr.

2° Dans la masse hypothécaire....... 14,800

Total..... 19,600

Ne se trouve plus en perte que de 10,400 fr., au lieu de 14,667 qu'il perdoit dans la première opération, c'est-à-dire, qu'il gagne les 4,267 fr. que perdent les chirographaires.

(2) Ainsi, en reprenant la seconde hypothèse, au lieu de colloquer les créanciers hypothécaires dans l'ordre du prix de la maison, seulement pour ce qui leur reste dû, c'est-à-dire, les trois premiers pour 8,400 fr. chacun, et le quatrième pour 25,200 fr., on les colloquera comme s'ils n'avoient rien touché, c'est-à-dire, les trois premiers pour 10,000, fr., et le quatrième, pour 30,000

fr. Mais comme les trois premiers ont touché chacun 1,600 fr. dans la contribution, on fera la déduction de cette somme sur leur collocation hypothécaire; ce qui fera, pour les trois, 4,800 fr., lesquels seront reversés dans la masse chirographaire, pour être distribués par contribution entre les créanciers non payés, c'est-à-dire, entre les chirographaires, auxquels il est encore dû 33,600 fr.; et le dernier hypothécaire, à qui il en est dû 20,000.

Mais, pour déterminer ce que ce dernier créancier doit prendre dans ces 4,800 fr., il faut opérer comme si la contribution n'avoit pas eu lieu, et comme si les 16,000 fr. restoient encore à distribuer entre lui, pour 20,000 f., et les créanciers chirographaires pour 40,000 f.; ce qui rentre dans la première hypothèse ci-dessus. Or, nous avons vu que, dans ce cas, il lui revenoit 5,333 fr. Il n'a touché que 4,800 fr.; il lui revient donc encore 533 fr., qu'il prendra dans les 4,800 fr. : reste 4,267 fr. pour les créanciers chirographaires; ce qui fait juste la différence en moins que nous avons remarquée ci-dessus; et ce qui prouve la justesse de l'opération.

Page 284.

(1) L'exemple que nous avons donné dans la note précédente, ne peut servir à expliquer cette disposition, puisque, bien loin que l'on ait été obligé de retenir quelque chose sur la collocation hypothécaire du créancier colloqué partiellement dans l'ordre, il lui revient au contraire encore 533 francs, à prendre dans les 4,800 fr., provenant des restitutions faites à la masse chirographaire par les trois premiers créanciers.

Pour faire connoître dans quel cas il peut y avoir lieu à appliquer la disposition de notre article, il faut poser une autre espèce.

Le failli a 200,000 fr. de dettes, dont deux hypothécaires montant, savoir :

La première à	15,000 fr.
Et la seconde à	10,000
Total des créances hypothécaires. . .	25,000

Par conséquent, les dettes chirographaires montent à 175,000 fr.

Son actif se compose d'une maison de valeur de

20,000 fr., ci.	20,000 fr.
Et d'un mobilier de 50,000 fr., ci. . .	50,000
Total de l'actif. . . .	70,000

Le mobilier se distribue d'abord, et par contribution. 50,000 fr. à distribuer pour 200,000 fr. de dettes, donnent 25 pour 100, ou le quart à chaque créancier.

Ainsi, le premier hypothécaire reçoit	3,750 fr.
Le second	2,500
Et les chirographaires.	45,750
Total égal à l'actif mobilier. . . .	50,000

On vend ensuite l'immeuble. On colloque, sur le prix, le premier créancier pour 15,000 francs, sur lesquels il est fait reprise, pour la masse chirographaire, de 3,750 francs.

On y colloque également le second, pour 5,000 fr.

Pour décider s'il doit reverser, il faut faire ce calcul :

Si l'ordre eût été fait avant la contribution, le premier créancier hypothécaire eût été payé entièrement sur la masse hypothécaire; et le second eût reçu, sur la même masse, un à-compte de 5,000 francs. Le premier créancier n'eût donc point figuré du tout dans la contribution; et le second n'y eût figuré que pour 5,000 francs.

La contribution des 50,000 fr., montant de la masse chirographaire, se fût donc établie entre les créanciers

chirographaires, pour 175,000 fr., ci. .	175,000 fr.
Et l'hypothécaire, pour 5,000 fr. ci. .	5,000
Total.	180,000

50,000 fr. d'actif, pour 180,000 fr. de dettes, donnent à chaque créancier les $\frac{5}{18}$ de sa créance. En faisant les calculs nécessaires, on verra que, dans cette hypothèse, il revenoit aux chirographaires 48,611 fr., et à l'hypothécaire, seulement 1,389 fr.

Nous avons vu plus haut qu'il a touché 2,500 francs dans la première contribution. C'est donc 1,111 francs qu'il a touchés de trop, et qu'il doit reverser dans la masse chirographaire, ci. . . . . 1,111 fr.

Ce qui, joint au versement fait par le premier créancier, et montant à 3,750 fr., ci.	3,750
Donne pour total des versemens. . . .	4,861
En ajoutant cette somme à celle que les chirographaires ont touchée dans la première contribution, et qui est de. . .	43,750
Il en résulte un total de. . .	48,611 fr.

Égal à la part qui seroit revenue aux chirographaires, si l'ordre eût été fait avant la contribution.

Il résulte de cette note et de la précédente, qu'il n'est pas toujours exact de dire qu'il y a lieu à retenue sur la collocation hypothécaire du créancier colloqué partiellement dans l'ordre, puisqu'il peut arriver qu'il ait encore à recevoir, bien loin d'être obligé de reverser. La solution de cette question dépend donc uniquement du rapport qui existe entre la quotité des créances hypothécaires et la masse totale des dettes.

Page 285.

(1) Ces derniers mots supposent que la contestation est de nature à être portée au Tribunal de commerce. Cependant, il peut arriver qu'elle soit fondée sur des causes étrangères au commerce, par exemple, si le failli se trouve détenteur d'un objet perdu ou volé

depuis moins de trois ans. (*C. C.*, *art.* 2279.) Je pense que, dans ce cas, la connoissance de la contestation appartient au Tribunal civil, (*Argum. tiré de l'article* 635, *au* 2°), et que la revendication doit être jugée conformément aux dispositions de l'art. 2102 du Code civil, n° 4.

Page 286.

(1) *Par le propriétaire*, d'objets commerciaux, marchandises ou effets de commerce. Quant à la revendication qui pourroit avoir lieu d'autres objets, *putà*, dans le cas des art. 2279 et 2280 du Code Civil, les droits des parties doivent être réglés uniquement par les dispositions des lois civiles, ainsi que nous l'avons vu note (1) de la page précédente.

(2) Pourvu, toutefois, que l'identité soit prouvée. Voir un arrêt de cassation du 11 novembre 1812. (Sirey, 1813; prem. part., pag. 52.)

(3) C'est-à-dire que le commettant, ou celui qui a consigné les marchandises, pourra agir de son chef contre l'acquéreur, comme s'il lui avoit vendu directement, et sans que les autres créanciers du failli puissent demander la contribution.

Quid, si ce prix a été cédé à un tiers par le failli? Si cette cession est valable, faite en temps utile, et valablement signifiée, je pense qu'elle empêchera la revendication. Voir un arrêt de cassation du 23 novembre 1813. (Sirey, 1814; prem. part., pag. 78.)

(4) *Dans le porte-feuille du failli*, ou dans celui des personnes que le failli a chargées d'en faire le recouvrement. Cassation, le 5 février 1812. (Sirey, 1812; prem. part., pag. 200.)

—

(5) *Secùs*, si le montant de ces effets étoit destiné à être passé en compte courant entre celui qui les a remis, et le failli. Dans ce cas, ce dernier en est propriétaire; et la masse de ses créanciers a droit d'en toucher le montant.

Quid, dans cette espèce? Pierre tire une lettre de change de 1500 fr. au profit de Paul. Ce dernier, au lieu de payer les 1500 fr., souscrit un billet au profit de Pierre, pour le montant de la lettre, et fait faillite. La lettre se trouve en nature dans ses papiers. Pierre, en représentant et offrant de rendre le billet, peut-il revendiquer la lettre? (*Voyez au Ier Livre, note (7) de la page* 75.)

Mais, d'un autre côté, l'accepteur d'une lettre de change, *valeur reçue en un billet*, et qui auroit accepté sans avoir provision, seroit-il privilégié sur le montant du billet, en cas de faillite du tireur? je ne le pense pas. Le billet est le prix de la vente, que le tireur est censé avoir reçu, et qui appartient conséquemment à la masse de ses créanciers. Celui sur qui la lettre est tirée, en acceptant sans avoir provision, a suivi la foi du tireur. Il n'y a pas de raison de le traiter mieux que les autres créanciers. Le billet du donneur de valeur est à son égard, *res inter alios acta*. Certainement, si le preneur eût donné des écus, l'accepteur n'auroit pu les revendiquer; donc etc.

(6) *Créditeur*. Pourquoi le Législateur s'est-il servi de ce mot, qui est peu connu, au lieu de celui de *créancier?* Les *motifs* n'en donnent aucune raison. Je crois en avoir trouvé une. Je désire qu'elle paroisse satisfaisante.

Deux négocians, Pierre et Paul, font entre eux un certain nombre d'affaires, desquelles il résulte que, tantôt Pierre fournit à Paul, ou paie pour son compte; et tantôt Paul fournit à Pierre, ou fait pour lui des paiemens. Il existe en conséquence, entre eux, un compte courant, c'est-à-dire, que Pierre ouvre sur son

registre, au nom de Paul, un compte, dans lequel il porte, d'un côté, ce qu'il lui fournit ou ce qu'il paie pour lui; et, de l'autre, ce que Paul fournit à lui Pierre, ou paie pour son compte. Paul en fait autant, de son côté, au nom de Pierre. Ces sortes de comptes sont dits *comptes courans*, ou comptes par *doit* et *avoir*. On porte sous la colonne *doit*, ce qui est dû par le négociant auquel le compte est ouvert; et sous la colonne *avoir*, ce qui est dû au même négociant, par celui qui ouvre le compte. La colonne *doit* contient ce qu'on appelle le *débit* du compte; et la colonne *avoir*, ce qu'on appelle le *crédit*. Ainsi, l'on dit que Pierre a *débité* le compte de Paul de telle somme, c'est-à-dire, qu'il a porté cette somme au *débit* de Paul, ou sous la colonne *doit* : et l'on dit qu'il a *crédité* le même compte de telle somme, quand il l'a portée au *crédit* de Paul, ou sous la colonne *avoir*.

Quand Pierre et Paul veulent balancer ou arrêter leur compte, on fait le total de chacune des colonnes. On en compare le résultat, et l'on connoît par-là, lequel est, en définitif, débiteur ou créancier de l'autre.

L'on voit par ces détails que, dans un compte courant, les deux parties sont toutes deux *créditrices*, puisqu'il y a une colonne *avoir* ou de *crédit* dans chaque compte; mais qu'une seule est *créancière*, savoir celle dont le crédit, comparé à son débit, se trouve plus fort que celui de l'autre.

D'après cela, le Législateur ayant dit que *la revendication pourroit avoir lieu, même pour les remises entrées dans un compte courant, si toutefois le propriétaire desdites remises n'étoit que créditeur de ce compte*, cela sembleroit signifier que, pour que la revendication soit admise, il faut qu'il n'ait encore été rien porté dans le compte, au crédit du failli; ce qui paroît confirmé par ces derniers mots de l'article, que *la revendication cessera d'avoir lieu, si, à l'époque des remises, le propriétaire d'icelles étoit débiteur d'une somme quelconque.*

On voit à présent, pourquoi le Législateur ne s'est pas servi du mot de *créancier*, mais de celui de *créditeur*. Car si, par exemple, le compte de celui qui a fait les remises, étoit crédité de 30,000 fr., et débité seulement de 25,000, il est certain qu'il seroit créancier en définitif. Mais, comme cette créance seroit le résultat de la balance d'un compte, dans lequel il seroit tout à-la-fois *créditeur* et *débiteur*, la revendication ne pourroit avoir lieu, puisque l'article exige, pour l'admettre, que le propriétaire *ne soit que créditeur*.

Le motif du Législateur a pu être de ne point laisser à la disposition du failli, un moyen de priver le propriétaire des remises, du droit de les revendiquer, en les portant dans un prétendu compte courant, qui n'existeroit réellement pas. En effet, quand il y a *débit* et *crédit* au compte de celui qui a fait les remises, il est constant qu'il est en courant d'affaires avec le failli, et que les remises ont pu avoir pour motif de couvrir les dépenses faites ou à faire. Dans ce cas, elles sont devenues la propriété du failli : et si, par l'événement du compte, celui qui a fait les remises se trouve créancier, il sera créancier d'un solde de compte courant, et viendra, à raison de ce, à contribution avec les autres créanciers. Mais quand il n'y a rien de porté à son débit, la présomption est que les remises ont été faites, ou à titre de dépôt, ou pour paiement d'acceptations, et qu'elle n'ont été portées dans un compte, que par suite de l'ignorance, ou peut-être même de la fraude du failli.

Telle est l'interprétation que j'ai cru devoir donner à cet article 584. Je la soumets au jugement des personnes expérimentées, et qui connoissent mieux que moi la valeur des termes employés dans les opérations commerciales.

Page 287.

(1) *Elle cesse du moment où les marchandises sont entrées dans les magasins du failli, etc. Quid*, si

elles ont été déposées dans un entrepôt public, pour y rester jusqu'à l'acquittement des droits ? On a jugé à Bruxelles, et je crois avec raison, que la revendication peut avoir lieu. Arrêt du 25 avril 1810. (SIREY, 1810 ; 2e p., p. 272.)

Quid, si elles sont entrées dans les magasins de l'acheteur failli, mais à destination ultérieure ? Elles sont censées arrivées à l'égard du vendeur, et ne peuvent plus être revendiquées. Cassation, 13 octobre 1814. (SIREY, 1815 ; 1re p., p. 57.)

(2) *Expédiées.* J'ai ajouté ce mot, parce que je pense que, si les marchandises étoient encore dans les magasins du vendeur, la disposition de l'article ne seroit pas applicable ; non pas que la revendication pût avoir lieu, car on ne revendique que ce qu'on n'a plus ; mais parce que la vente seroit résolue de plein droit, conformément à l'article 1657 du Code Civil, et ce, quand même les marchandises auroient été vendues par le failli. L'article 576 dit formellement que le vendeur pourra revendiquer les marchandises par lui vendues et *livrées ;* ce qui prouve bien qu'on a pensé qu'avant la livraison, la revendication n'étoit pas nécessaire.

Page 288.

(1) Cela peut paroître rigoureux. Mais, enfin, le vendeur est encore trop heureux de retrouver ses marchandises.

Page 290.

(1) *Cùm in controversiam venit, undè ad mulierem quid pervenerit, at verius et honestius est, quod non demonstratur undè habeat, existimari a viro ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quæstûs gratiâ, circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse.* (L. 51, ff. *de donat. inter vir. et*

uxor.) Voir aussi l'ancien DENISART, au mot *femme*, nos 26 et suivans.

Page 291.

(1) Voyez la note précédente.

(2) Sauf la présomption mentionnée dans les deux articles précedens, mais seulement dans le cas où la valeur des objets seroit considérable.

Page 292.

(1) Par tout autre que par son mari : (*art.* 519.)

(2) Pourvu, toutefois, si elle est mariée sous le régime de la communauté, que ces objets aient été stipulés propres, ou qu'ils lui aient été donnés sous condition qu'ils ne tomberoient pas dans la communauté (*C. C.*, *art.* 1401). Autrement, comme effets mobiliers, ils tombent de droit dans la communauté.

(3) Pourquoi pas par donation ? C'est pour éviter les fraudes. Le mari donneroit à un tiers, qui donneroit ensuite à la femme.

Page 293.

(1) *Par lui*, et à titre de remploi. *Quid*, si ce sont des conquêts? Je pense qu'il faut distinguer : si les conquêts existent dans la main du mari au moment de la dissolution de la communauté, il n'y a pas de doute qu'ils ne soient sujets à l'hypothèque de la femme. Comme le mari en reste seul propriétaire, ils sont regardés comme étant ses immeubles propres, et susceptibles de l'application des articles 2121, 2122 et 2135, n° 2 du Code Civil.

La difficulté n'existe donc que relativement aux conquêts vendus pendant le mariage. Ceux qui prétendent qu'ils sont sujets à l'action hypothécaire de la femme qui renonce à la communauté, s'appuient fortement sur ce que, disent-ils, la femme, dans ce cas, est censée n'avoir jamais été commune, et n'avoir eu, en conséquence, aucun droit de propriété sur les conquêts, qui, par suite de la même fiction, sont supposés avoir toujours été dans la propriété du mari seul. Or, il est constant, ajoutent-ils, que la femme peut exercer son hypothèque sur les immeubles propres au mari, et aliénés par lui durant le mariage.

Ceux qui soutiennent l'avis contraire, s'appuient,

1.° Sur ce que cette opinion renverseroit entièrement le système de la communauté, dont la base est le droit inhérent à la personne du mari, de disposer seul de tous les biens qui la composent. Or, il est certain qu'en accordant à la femme l'exercice de son action hypothécaire sur les conquêts vendus pendant le mariage, c'est, ou interdire de fait au mari toute aliénation de ces mêmes conquêts, ou l'obliger de se concerter avec sa femme, de prendre son consentement pour ces aliénations; en un mot, de partager avec elle, contre le texte formel des lois, l'administration et la disposition des biens de la communauté;

2.° Sur ce qu'il est de principe général en cette matière, que tout ce que fait le mari, pendant le mariage, comme chef de la communauté, la femme est censée le faire avec lui. Quand donc le mari vend un conquêt, il le vend, tant en son nom, qu'au nom et comme chargé de la procuration de sa femme, qui est réellement, dans ce cas, covenderesse. En cette qualité, elle est tenue de garantir l'acquéreur, au moins de ses faits. Or, *eum quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Après avoir mûrement médité cette question, j'ai cru devoir me décider pour ce dernier avis : et je pense, d'après cela, que la femme, même renonçant, ne peut

exercer aucun droit d'hypothèque, sur les conquêts vendus pendant le mariage. Quant à la fiction qui fait la base du système contraire, je crois qu'il est aisé de prouver, ou qu'elle n'existe pas, ou qu'elle ne peut s'étendre au cas dont il s'agit. Mais il faut, pour cela, entrer dans quelques détails : ce que je vais faire, autant que le comporte l'étendue d'une simple note.

La communauté est une véritable société entre époux. Or, un associé pur et simple (*secùs* du commanditaire), ne peut, en général, se dispenser de payer sa part dans les dettes sociales, même en offrant d'abandonner aux créanciers de la société, tout ce qui lui appartient dans le fonds commun. Il faut donc convenir que le droit accordé à la femme, de renoncer à la communauté, et par-là de se décharger de l'obligation de contribuer aux dettes de cette même communauté, est un droit vraiment exorbitant, qui, en conséquence, ne doit pas être étendu. Il paroît que l'origine de ce droit remonte au temps des croisades, et qu'il fut accordé aux veuves des gentils-hommes croisés, pour les dispenser de contribuer aux dettes considérables que leurs maris contractoient pour les voyages d'outre-mer. Aussi n'y avoit-il autrefois que les femmes nobles qui eussent ce droit, comme le portoit l'art. 115 de l'ancienne coutume de Paris. La jurisprudence des arrêts l'avoit étendue à toutes les femmes, par la raison, dit POTHIER, (*de la Communauté, n° 550*), « que le mari ayant seul, pendant que « la communauté dure, le droit d'en disposer, et de la « charger de dettes, sans le gré et la participation de la « femme, on a trouvé qu'il seroit injuste qu'un mari « dissipateur pût, en contractant des dettes immenses, « engager, ou même absorber entièrement, les propres de « sa femme. » Cette jurisprudence n'avoit donc d'autre motif, que celui d'empêcher les créanciers de la communauté de poursuivre les biens propres de la femme, et non de faire supposer qu'elle n'avoit jamais été commune : ou, si l'on peut dire que cette fiction existoit, il faut convenir en même temps, qu'elle devoit être res-

treinte au cas où les propres de la femme se seroient trouvés exposés à l'action des créanciers de la communauté.

Cette jurisprudence a été consacrée lors de la réformation de la coutume de Paris : et la rédaction de l'art. 237, prouve évidemment que le seul motif des rédacteurs a été absolument le même que celui qui vient d'être énoncé, c'est-à-dire, l'intention de libérer la femme de l'obligation de contribuer, sur ses propres biens, au paiement des dettes communes. En effet, cet article 237 est ainsi conçu :

« Il est loisible à toute femme noble, ou non noble,
« de renoncer, si bon lui semble, après le trépas de son
« mari, à la communauté des biens d'entre elle et son
« dit mari, la chose étant entière, *et, en ce faisant,*
« *demeurer quitte des dettes mobilières dues par son*
« *dit mari au jour de son trépas*, *en faisant bon et*
« *loyal inventaire.* »

L'article 204 de la Coutume d'Orléans, réformée trois ans après celle de Paris, est entièrement copiée sur l'art. 237 de cette dernière, sauf qu'il a étendu le droit de renoncer, aux héritiers de la femme ; ce qui a fait depuis le droit commun.

Il résulte bien évidemment de ces textes, que le droit de renoncer a été accordé à la femme, uniquement pour la dispenser de contribuer, sur ses propres biens, aux dettes contractées par le mari, et que la prétendue fiction sur laquelle on s'appuie, n'a été imaginée par quelques jurisconsultes, que pour concilier ce droit de renoncer, avec les principes généraux relatifs au contrat de société, comme le Préteur chez les Romains, pour donner à l'émancipé le droit d'annuller le testament dans lequel il étoit prétérit, feignoit qu'il étoit resté sous la puissance paternelle. Mais d'ailleurs, comme toute fiction doit être restreinte au cas pour lequel elle a été établie, il faut dire que la femme peut être supposée n'avoir jamais été commune, toutes les fois qu'il pourroit résulter de l'hypothèse contraire, quelque charge sur ses biens propres; mais que, pour tous les autres cas, et

principalement pour ce qui concerne les aliénations des conquêts, faites par le mari, la fiction ne peut avoir lieu, et que la femme est en conséquence réputée, malgré sa renonciation, avoir coopéré à tous les actes de ce genre, faits par le mari, en sa qualité de chef de la communauté.

Et ce qui prouve évidemment que cette prétendue fiction n'a eu, dans tous les temps, d'autre motif et d'autre effet, que de décharger les biens propres de la femme de la contribution aux dettes communes, c'est que,

1° La femme qui renonce, ne peut reprendre ceux de ses biens propres qu'elle a mis dans la communauté. Il faut, pour qu'elle ait ce droit, que le contrat de mariage en contienne la stipulation expresse. Or, si la communauté étoit censée, par rapport à elle, n'avoir jamais existé, la reprise de l'apport devroit avoir lieu de plein droit, et par le fait seul de la renonciation.

2° Si elle a ameubli quelques-uns de ses héritages, et que le mari les ait vendus pendant le mariage, seul et sans le concours de sa femme, l'acquéreur en est propriétaire incommutable, et la femme ne peut les revendiquer : ce qu'elle pourroit, sans difficulté, si elle étoit censée n'avoir été commune sous aucun rapport.

3° Enfin, et ceci est la plus forte preuve, lorsqu'il existoit des droits féodaux, la veuve qui renonçoit à la communauté, ne devoit point les droits de mutation, pour les conquêts qui lui étoient donnés en paiement de ses reprises. La jurisprudence, sur ce point, est attestée par DENISART, *verbo*, LODS ET VENTES, n°s 51 et 53. Cet auteur rapporte même un arrêt du 3 juin 1701, qui a jugé qu'il n'étoit point dû de lods et ventes par une veuve renonçant, à laquelle on avoit donné, en paiement de ses reprises, des propres de son mari, ameublis par lui jusqu'à concurrence d'une somme quelconque. Or, cette exemption des droits ne pouvoit être fondée que sur ce que l'on appliquoit à la veuve, même renonçant, le principe d'après lequel le copropriétaire, qui

acquiert l'immeuble dont il n'avoit qu'une portion indivise, est censé avoir été, dès le principe, seul propriétaire de la totalité de l'héritage. On regardoit donc la veuve, même après sa renonciation, comme ayant eu réellement un droit de propriété sur les conquêts. On la regardoit donc encore comme ayant été réellement commune. Il est donc vrai de dire que la fiction dont il s'agit, n'avoit d'autre but que de libérer la femme, comme nous l'avons dit plus haut, et n'empêchoit pas que, pour tous les actes, autres que ceux qui pouvoient gréver ses biens propres, tous les effets de la communauté ne dussent lui être appliqués. Or, si la femme étoit commune lors de la vente, elle a vendu avec son mari. La maxime *eum quem de evictione*, etc., doit donc lui être appliquée : elle ne peut donc inquiéter l'acquéreur du conquêt vendu par son mari seul, pendant l'existence de la communauté.

Cette doctrine est encore confirmée implicitement par POTHIER, qui, dans son traité *de la Communauté*, *n° 568 et suivans*, n'attribue à la renonciation de la femme, d'autre effet que celui de l'exclure de tous les biens de la communauté, même de ceux qui y sont entrés de son chef, si toutefois la reprise n'en a pas été stipulée; et en second lieu, celui de la libérer des dettes de cette même communauté.

Quant à l'induction qu'on pourroit tirer de ce qui est ajouté par le même auteur, que les biens de la communauté restent au mari, en cas de renonciation de la femme, *jure non decrescendi*, il faut dire que POTHIER n'a considéré, dans ce passage, que les droits des tiers, et que le principe qu'il pose, n'est qu'une conséquence de celui d'après lequel les biens de la communauté sont censés, pendant le mariage, et pour ce qui concerne les tiers, appartenir au mari seul, qui peut en disposer comme bon lui semble, sauf les restrictions posées par les lois : et ces mots *jure non decrescendi*, signifient seulement que ce droit de propriété, qui étoit déjà, pendant le mariage, dans la main du mari seul,

continue d'y rester après la renonciation de la femme. Mais ils n'ont aucun rapport aux droits respectifs des époux eux-mêmes sur les biens de la communauté.

Telles sont les raisons qui me portent à penser que l'action hypothécaire de la femme ne peut être exercée sur les conquêts vendus pendant le mariage. On sent, au surplus, que les motifs sur lesquels cette opinion est appuyée, sont susceptibles de plusieurs autres développemens qu'il m'est impossible de donner ici.

(2) Ceux acquis depuis, sont censés acquis avec les deniers empruntés aux créanciers.

(3) *A quelque époque que ce soit.* Par conséquent cette disposition ne s'applique pas à la femme qui a épousé un homme qui n'étoit pas fils de négociant, lequel a embrassé cette profession plus d'un an après son mariage. Rien, dans ce cas, ne conduit à penser qu'elle a pu prévoir que son mari deviendroit un jour négociant.

(4) Mais non à l'égard du mari. En conséquence, si, après la faillite arrangée, il acquiert de nouveaux biens, la femme pourra faire valoir ses droits lors de la dissolution du mariage : ce n'est que dans la faillite qu'elle ne peut les exercer.

(5) Ni à plus forte raison de ceux faits postérieurement.

Page 294.

(1) On ne connoissoit pas cette distinction anciennement : on distinguoit seulement la faillite et la banqueroute frauduleuse. Au surplus, cette disposition mitoyenne est fondée en raison.

Page 296.

(1) *Ou de tout autre créancier*, quand même ce créancier ne concluroit pas à des dommages-intérêts. Cassation, 19 mai 1815. (SIREY, 1816; prem. part., pag. 70.)

Page 297.

(1) *Doit être déclaré tel.* Ici la loi impose aux juges l'obligation de déclarer le prévenu banqueroutier frauduleux, dans les cas déterminés, qui supposent tous une fraude manifeste.

Jugé en cassation, 1° le 5 mars 1815, qu'il est indifférent que les faits de fraude soient antérieurs ou postérieurs à la faillite. (SIREY, 1815; prem. part., pag. 340.)

Et 2°, le 19 avril 1811, que la poursuite en banqueroute frauduleuse peut avoir lieu, quoiqu'il n'y ait eu ni bilan déposé, ni faillite déclarée. (*Ibid.*, 1816; pag. 212.)

Page 298.

(1) De même, si ceux accusés d'avoir recelé ou soustrait, n'ont pas déclaré ce qu'ils avoient entre leurs mains, lorsqu'ils ont eu connoissance de la faillite. Il faut, comme l'on voit, la persévérance pour établir la complicité, parce qu'on fait tous les jours dans le commerce des actes simulés, sans aucune intention criminelle, et uniquement pour rendre service. Ainsi, un négociant est porteur d'une lettre de change sur une personne avec laquelle il a des rapports. Il craint que la lettre ne soit pas payée à l'échéance; et cependant il ne voudroit pas être obligé de poursuivre le débiteur en son nom. En conséquence, il en passe fictivement

l'ordre au profit d'un tiers, afin que les poursuites se fassent sous le nom de ce dernier. Si ce tiers, appelé à la vérification, déclare sincèrement ce qui s'est passé, on ne peut lui faire aucun reproche.

Cette admission des prête-noms a fait naître une difficulté assez sérieuse. Il avoit été fait des poursuites à la requête du porteur d'un billet à ordre. Depuis il avoit été reconnu que l'endossement étoit simulé, et que le porteur étoit un prête-nom. On a demandé si, d'après la règle, *en France, nul, excepté le Roi, ne plaide par procureur*, les poursuites faites par le prête-nom pouvoient profiter au véritable propriétaire. L'affirmative a été jugée, et avec raison, en cassation, le 7 avril 1813. (Sirey, 1813; prem. part., pag. 374); et en effet, dès qu'on admet dans le commerce l'usage des prête-noms, il faut bien qu'ils aient le droit de faire des poursuites. Car, le plus souvent, l'on n'a pas d'autres motifs de les employer. Et dès-lors, il faut bien que ces poursuites puissent profiter au véritable propriétaire.

(2) *Voyez* la note (2) de la page 43.

(3) *Secùs* à l'égard de celui qui n'a pas obtenu de sauf-conduit, et qui peut seulement être poursuivi comme banqueroutier simple. L'autre est plus coupable, en ce qu'il abuse de l'indulgence que l'on a eue pour lui.

Page 299.

(1) (*Code pénal*, *art.* 402.) Le temps est de cinq à vingt ans. (*Ibid. art.* 19.) La peine étoit anciennement celle de mort, pour les banqueroutiers eux-mêmes; et pour leurs prête-noms ou complices, celle des galères à temps, et même à perpétuité, suivant l'exigence des cas. Mais la peine de mort étoit tombée en désuétude, et avoit été remplacée par d'autres peines

laissées à l'arbitraire du juge, telles que l'amende honorable, le pilori, le carcan, ou même les galères.

Page 300.

(1) Sauf les actions en restitution et en dommages-intérêts, dont il est question dans l'art. 598, et sur lesquelles il doit être statué par la cour de justice criminelle.

Page 301.

(1) *Peut être réhabilité.* Donc cela est facultatif; et la cour d'appel peut refuser la réhabilitation, en raison de la gravité des torts reprochés au failli.

Page 303.

(1) *Au greffe*, soit du Tribunal civil, soit du Tribunal de commerce. (*Argum. tiré de l'art.* 609.)

(2) *Fait rendre.* Remarquez qu'il ne peut intervenir aucune partie privée dans cette procédure. Tout se passe entre la Cour et le procureur-général, qui est la seule partie. (*Art.* 608.)

FIN DES NOTES DU LIVRE TROISIÈME.

NOTES

SUR LES INSTITUTES

DE DROIT COMMERCIAL

FRANÇAIS.

LIVRE QUATRIÈME.

Page 306.

(1) Ils peuvent en connoître, même dans les lieux où il y a des Tribunaux de Commerce, si le déclinatoire n'a pas été proposé *in limine litis*, c'est-à-dire, avant toute défense. On entend par *déclinatoire*, l'acte par lequel une partie assignée devant un juge, demande, pour un des motifs déterminés par la loi, son renvoi devant un autre Tribunal. (*Voy.* les articles 168 et suivans du Code de Procédure, et la note (1) de la page 311 ci-dessous).

Page 307.

(1) *Un greffier*, lequel est tenu, comme ceux des Tribunaux ordinaires, d'avoir un registre, et d'y inscrire les actes et jugemens susceptibles d'être enregistrés

sur la minute : (*Lettre du ministre des finances au ministre de la justice*, du 14 décembre 1815).

Il existe aussi près les Tribunaux de commerce des agréés qui se chargent de plaider les causes des parties. Mais ce ne sont point des officiers ministériels reconnus, et il est absolument libre aux parties de les employer ou non. Voyez ci-dessous la note (1) de la page 319.

(2) Ils sont chargés de cette exécution, exclusivement à toutes autres personnes, huissiers ou autres.

Page 311.

(1) On distingue, comme l'on voit, deux sortes d'incompétence : celle *ratione materiæ*, et celle *ratione personæ*.

L'incompétence, *ratione materiæ*, a lieu, quand l'affaire est portée devant un Tribunal qui n'a pas le droit de connoître des affaires de cette nature. Tel est le cas où une affaire purement civile seroit portée devant un Tribunal de Commerce.

Il y a incompétence *ratione personæ*, quand le Tribunal a le droit de connoître des affaires semblables à celle dont il s'agit, mais que la personne assignée devant lui, n'est pas soumise à sa juridiction; si, par exemple, une personne domiciliée à Paris, étoit traduite, par action principale, devant le Tribunal Civil de Versailles.

Il y a cette différence entre ces deux espèces d'incompétence, que la première est fondée sur des motifs d'ordre public, auxquels le silence et les conventions des parties ne peuvent déroger. La seconde, au contraire, est fondée uniquement sur l'intérêt des parties, qui peuvent en conséquence renoncer, expressément ou tacitement, à faire valoir ce moyen.

Delà il résulte, que l'incompétence, *ratione materiæ*, peut être proposée en tout état de cause, même

après la défense au fond. Il y a plus : quand même le défendeur ne réclameroit pas son renvoi, le Tribunal est tenu, ainsi que nous l'avons dit, de le prononcer d'office, aussitôt qu'il a connoissance que l'affaire n'est pas du nombre de celles qui lui sont attribuées par la loi. (*Cod. de Procéd. art.* 170).

Si donc un particulier, marchand ou autre, est traduit au Tribunal de Commerce pour une affaire purement civile, par exemple, pour vente d'héritage, quand même il auroit proposé, soit des exceptions, soit même des moyens du fond, sur lesquels le Tribunal auroit déjà prononcé un interlocutoire, il a toujours le droit de demander son renvoi; et, s'il ne le demandoit pas, le Tribunal seroit tenu de le prononcer d'office.

Observez, cependant, qu'il n'en seroit pas de même, si un commerçant étoit traduit au Tribunal civil pour affaires de commerce. Dans ce cas, non-seulement le Tribunal n'est pas tenu de prononcer le renvoi d'office, mais encore le défendeur doit le demander *in limine litis*, et avant toute autre défense : sinon, il est déclaré non-recevable dans sa demande en renvoi.

La raison de différence est que le Tribunal civil est un Tribunal ordinaire, compétent, par conséquent, pour connoître de toutes matières, même commerciales. Il en connoît même seul, et de droit, lorsqu'il n'y a pas de Tribunal de commerce dans son ressort. S'il n'en connoît pas dans les autres cas, c'est parce que la loi a laissé aux parties, et pour leur avantage, le droit de s'adresser aux Tribunaux de commerce. Mais c'est pour elles une pure faculté, à laquelle elles peuvent renoncer, expressément ou tacitement. Si donc, dans un lieu où il y a un Tribunal de commerce, le demandeur en matière commerciale assigne devant le Tribunal civil, et que le défendeur y propose ses moyens de défense, ils sont censés tous deux avoir consenti à le prendre pour juge, avoir reconnu sa juridiction; et il n'y a plus de renvoi à demander ni à prononcer.

Le Tribunal de commerce, au contraire, est un Tribunal d'exception, qui ne peut connoître que des matières qui lui sont spécialement attribuées par la loi. Le silence des parties ne peut lui donner une juridiction que la loi lui a interdite. Le renvoi peut donc être demandé, et doit être prononcé en tout état de cause.

Lorsque l'incompétence est seulement *ratione personæ*, si, par exemple, le Tribunal saisi de la contestation, n'est pas celui du domicile du défendeur, il n'y pas lieu à prononcer le renvoi, lorsque le déclinatoire n'a pas été proposé *in limine litis*. En effet, le droit d'être assigné devant le juge de son domicile, n'est pas d'ordre public; il a été établi uniquement dans l'intérêt des parties, qui peuvent y renoncer, et qui sont censées l'avoir fait, lorsqu'elles ne l'ont pas réclamé avant toute défense, et qu'elles ont, en conséquence, procédé volontairement devant un autre juge.

Page 312.

(1) *Devant le juge dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite, et la marchandise livrée.* Remarquez qu'il faut le concours des deux circonstances pour déterminer la compétence du juge, c'est-à-dire que la marchandise soit livrable dans le même lieu où la promesse a été faite. Cassation, 4 décembre 1811. (Sirey, 1813; prem. part., pag. 367.)

(2) *Ou devant celui dans l'arrondissement duquel le paiement doit être effectué.* Quel lieu doit être regardé comme celui du paiement, lorsqu'il a été stipulé dans un marché, que le vendeur recevroit en paiement des traites payables dans un autre lieu? C'est le lieu où doivent être délivrées les traites. *Sic* jugé à Trèves, le 14 mars 1810 (*ibid.*, 1812; deuxième part., p. 377.) Et en effet, les traites sont le prix de la vente; et leur délivrance est réellement le paiement du prix.

Nota. Il a été jugé en cassation,

1° Le 19 mars 1812 (SIREY, 1812; prem. part., pag. 247), que si, avant l'échéance d'une lettre de change, il a été demandé judiciairement un cautionnement, en vertu de l'art. 448, et que la propriété de la lettre ait été contestée, il en résulte l'exception de litispendance, qui oblige le demandeur d'assigner en paiement devant ce même Tribunal;

Et 2°, le 27 mars 1812 (*ibid.*, pag. 304), que celui par l'ordre duquel des lettres de change ont été tirées, peut être assigné devant le juge du lieu du paiement.

(3) Mais ils ne sont pas contraignables par corps pour ces sortes d'affaires, quand ils seroient eux-mêmes marchands. Mais devant quel Tribunal de commerce doivent-ils être assignés par action nouvelle? Se conformer, dans ce cas, à l'art. 420 du Code de Procédure.

(4) A moins qu'il ne résulte de la nature de l'engagement qu'il n'a pas été causé pour fait de commerce. Ainsi, l'exécution d'un bail souscrit par un marchand, ne le rend pas justiciable des Tribunaux de commerce.

Il faut en outre qu'il s'agisse du fait du commerce dont se mêle le défendeur. Ainsi, un achat de vin fait par un négociant pour l'usage de sa maison, n'est pas regardé comme un fait de commerce, dont la connoissance appartienne aux Tribunaux commerciaux. Mais si une personne vend du drap à un tailleur, ou du vin à un traiteur, ce sont des faits de commerce, parce que le drap est nécessaire au tailleur pour son commerce, comme le vin l'est au traiteur pour le même objet.

Quid, à l'égard de l'argent prêté? Le prêt d'argent fait à un marchand est toujours censé fait pour son commerce, à moins que le contraire ne résulte de l'acte, par exemple, s'il y est dit que l'argent a été prêté pour payer le prix d'un héritage. (*Art.* 638.)

Les étrangers seroient-ils justiciables des Tribunaux

de commerce français? D'abord il n'y a pas de doute, quant aux contestations qu'ils pourroient avoir avec des Français. L'article 14 du Code civil est formel sur ce point. En seroit-il de même des contestations entre étrangers seulement? On pensoit généralement, que, s'il s'agissoit d'engagemens contractés, ou d'affaires passées, dans une foire française, ils ne pouvoient décliner la juridiction des Tribunaux français. (*Voir la discussion du Conseil d'Etat, et notamment l'avis de M. TRONCHET, sur l'art. 14 du Code civil.*

(5) Mais il n'est pas nécessaire que les deux parties soient commerçantes. Il suffit que le défendeur le soit, et que l'acte soit relatif à son commerce.

Page 313.

(1) C'est-à-dire que, quoique les facteurs, commis, ou serviteurs des marchands, ne soient pas, à proprement parler, négocians, puisqu'ils ne trafiquent pas pour leur compte personnel, néanmoins, comme ils sont personnellement tenus, dans plusieurs cas, des obligations qu'ils contractent, ainsi que nous l'avons établi au premier livre, tit. 5, chap. 3, ils peuvent aussi être traduits devant les Tribunaux de commerce, pour raison de ces mêmes obligations.

L'art. 5 du tit. 12 de l'Ordonnance, attribuoit aux mêmes Tribunaux la connoissance des contestations relatives aux gages, salaires, etc., des commissionnaires, facteurs ou serviteurs; en seroit-il de même encore aujourd'hui? La négative paroît résulter de plusieurs arrêts. Cassation, 5 septembre 1810. (SIREY, 1811; prem. part., pag. 32.) Rouen, 19 janvier 1813. (*Ibid.*, 1814; 2e. part., pag. 35.) Metz, 21 avril 1818. (*Ibid.*, 1819; pag. 81.)

(2) Et ce, quand même tous les créanciers ne seroient pas commerçans. Il suffit que le failli le soit.

Secùs anciennement. (JOUSSE, *addition au titre 12 de l'Ordonn. de 1673, § 3, n° 17.*)

(3) *Entre toutes personnes*, même non marchandes, même fonctionnaires publics.

(4) Ainsi, toute personne qui fait un acte de commerce isolé, est justiciable des Tribunaux de commerce, et contraignable par corps, pour ce qui concerne cet acte seulement, quelle que soit d'ailleurs sa profession. Mais si cette personne a fait des billets pour argent prêté, et que la cause de l'engagement n'y soit pas relatée, seront-ils présumés avoir pour cause l'acte de commerce qui a eu lieu? L'article 638 n'établit cette présomption qu'à l'égard du *commerçant*, c'est-à-dire de celui qui fait du commerce sa profession habituelle, et non à l'égard de celui qui ne fait qu'un acte isolé. Je pense donc, dans l'espèce, que ce sera à celui qui veut traduire le signataire du billet, au Tribunal de commerce, à prouver que l'engagement a eu pour cause l'acte de commerce qui a été fait. Mais s'il y a lettre de change, l'engagement est réputé commercial, quelle que soit l'origine de la dette.

Page 314.

(1) *Pour les revendre*. Ainsi, il faut que l'objet soit acheté précisément pour être revendu, et pour être la matière d'un commerce. Autrement, l'achat ne seroit pas réputé acte de commerce. Ainsi, un propriétaire de vignes ne fait pas un acte de commerce, quand il achète des tonneaux pour mettre le vin qu'il recueille, et qu'il vend ensuite, quoiqu'il vende les tonneaux avec le vin, parce qu'il n'achète pas les tonneaux pour les revendre, ni pour en faire l'objet d'un commerce, mais seulement pour contenir le vin qu'il recueille de son exploitation.

Nota. Jugé en cassation, le 9 janvier 1810, et avec grande raison, que l'entreprise des pompes funèbres est un acte de commerce, qui rend l'entrepreneur justiciable des Tribunaux de Commerce.

(2) *Quant à lui*. J'ai ajouté ces mots, parce qu'il est possible que cette vente soit acte de commerce de la part de l'acquéreur, et le rende justiciable des Tribunaux de Commerce; si, par exemple, un fermier vend des blés à une personne faisant le commerce de grains, il peut la traduire, pour le paiement, devant le Tribunal de Commerce. (*Ord. de* 1673, *tit.* 12, *art.* 10).

(3) *Transport par terre ou par eau*. Cependant jugé en cassation. le 20 mars 1811, que la demande en restitution d'effets confiés aux diligences, n'étoit pas de la compétence des Tribunaux de Commerce. (SIREY, 1811; 1re P., p. 193).

(4) Un billet pour lettre de change fournie ou à fournir, seroit-il regardé comme un acte de commerce et rendroit-il le signataire, non négociant, justiciable des Tribunaux de Commerce? Je ne le pense pas, puisque la lettre de change elle-même n'a cet effet, qu'autant qu'elle contient remise de place en place, (*Voy. la note* (4) *de la page* 329).

(5) *Banque*. Mais le fait qu'un banquier a été chargé de recevoir et de payer pour un individu non négociant, ne rend pas cet individu justiciable des Tribunaux de Commerce. Paris, 5 août 1811, (SIREY, 1814; 2e P. p. 371).

(6) *Lettre de change*, et non le billet à ordre, qui n'est acte de commerce, que lorsqu'il est fait par un commerçant, ou qu'il a pour cause des opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage.

Quid, si un propriétaire tire une lettre de change

sur son fermier, et que celui-ci l'accepte; sera-il justiciable des Tribunaux de Commerce, et contraignable par corps? Oui. Mais je pense aussi qu'il peut se dispenser d'accepter, sans être passible de dommages-intérêts, et ce, quand même il devroit en fermages, une somme égale au montant de la lettre, sur-tout si la contrainte par corps n'est pas stipulée par son bail. (*C. C. art.* 2062). Il ne doit pas dépendre du propriétaire de rendre sa condition pire, et de l'assujettir à la contrainte par corps, pour une dette purement civile. SAVARY, (*part.* 1, *liv.* 3, *chap.* 11), pensoit même qu'un négociant, quoique débiteur d'une somme égale au montant de la lettre, pouvoit refuser d'accepter, quand il n'avoit pas consenti qu'on tirât; et qu'il n'étoit pas tenu alors des frais de protêt, change et rechange, etc. On pourroit soutenir encore la même doctrine aujourd'hui: du moins l'on ne voit rien dans le Code qui s'y oppose: et en effet, ce n'est pas la même chose pour un négociant, de devoir par compte courant, par exemple, ou pour solde d'une facture, ou bien de devoir le montant d'une lettre de change. Dans le premier cas, on fait peu d'attention à un retard modique. Dans le second, le plus léger délai peut porter une atteinte mortelle au crédit. Dans le premier cas, il peut obtenir du Tribunal un délai pour le paiement. Dans le second, il est défendu aux Juges d'en accorder, etc. Cependant, il faut avouer que, dans l'usage du commerce, le négociant débiteur, qui refuseroit d'accepter une lettre de change tirée sur lui par son créancier, pour une somme égale ou inférieure à sa créance, nuiroit infailliblement à sa propre réputation.

(7) Donc, si le Tribunal n'est pas requis, il ne peut renvoyer d'office. L'incompétence est ici *ratione personæ*, puisque l'acte seroit de la compétence des Tribunaux de Commerce, s'il étoit souscrit par des négocians. D'ailleurs, il seroit encore de leur compétence, quand même il ne seroit pas souscrit par des négo-

cians, s'il avoit pour cause une opération de commerce. Or, le défendeur, qui ne demande pas son renvoi, est censé convenir de ce fait.

(8) Ainsi, les individus non négocians ne peuvent décliner la juridiction des Tribunaux de Commerce, sauf ce qui va être dit relativement à la contrainte par corps. On a même jugé à Bruxelles, le 27 juin 1809, que, quand même le non négociant seroit assigné seul, et par action principale, il ne pourroit décliner.

On paroît avoir décidé à Aix, le 2 août 1808, qu'il falloit entendre ici par *signatures*, seulement celles du corps de la lettre, ou du billet, en sorte que, suivant cette Cour, la disposition de l'article ne s'appliqueroit pas à un billet à ordre souscrit par un non négociant, et endossé par un ou par plusieurs négocians. Je ne suis pas de cet avis. L'article parle de lettres de change ou billets à ordre portant plusieurs signatures; or, cela n'arrive ordinairement, que lorsqu'il y a des ordres. On a donc entendu parler ici également des signatures des endosseurs.

On a jugé en cassation, le 28 avril 1819, que la disposition de l'art. 637 devoit être appliquée, quand même l'on soutiendroit que la lettre ne vaut pas même comme simple promesse, (SIREY, 1820, 1re P., p. 33).

Page 315.

(1) Mais qui devra prouver, dans ce cas, que le billet à ordre est causé pour opération de commerce? Le porteur du billet, comme demandeur, sera tenu de prouver. La présomption établie par l'article 638, n'a lieu, comme nous l'avons dit, que contre les commerçans, c'est-à-dire, contre ceux qui font, du commerce, leur profession habituelle, et non contre ceux qui n'en font qu'un acte isolé.

Quid, si le signataire du billet s'est dit négociant, sans l'être effectivement? Je ne pense pas que cette

simple déclaration doive être prise en considération. (Argument tiré de l'art. 1307). C'est déjà bien assez que l'on ait donné à un non négociant la triste faculté de se soumettre à la juridiction commerciale, et à la contrainte par corps, en signant une lettre de change, et cela contre le texte formel de l'art. 2063 du Code Civil, qui défend à tout Français de consentir des actes dans lesquels la contrainte par corps seroit stipulée. C'est précisement parce que cette faculté est exorbitante du droit commun, qu'elle ne doit point être étendue à d'autres cas, qu'à celui pour lequel elle est accordée, et surtout qu'on ne doit pas permettre d'éluder la loi générale par une simple déclaration qu'un prêteur adroit ne manqueroit pas d'exiger.

(2) L'Ordonnance de la Marine, art. 5, *des Jugemens*, accordoit la contrainte par corps pour achats et ventes de vaisseaux. Notre article l'accorde, même pour ce qui concerne les bâtimens destinés à la navigation intérieure.

Page 316.

(1) Donc, ils ne connoissent que de cette partie. Donc, la connoissance du surplus appartient aux Tribunaux civils, ainsi que nous l'avons établi dans la note (3) de la page 270.

(2) *N'excède pas la valeur de mille francs.* Jugé à Turin, le 1 août 1811, et avec raison, que les intérêts qui ont couru en vertu du protêt, ainsi que les frais de protêt, ne doivent pas être comptés dans les 1000 fr. (SIREY, 1812; 2e P., p. 262).

(3) *Du jugement de rejet.* Jugé en cassation, le 9 février 1813, que cet appel doit être comme les autres, réputé matière sommaire, (SIREY, 1814; 1re P., p. 197).

Page 317.

(1) *Justiciables de ces Tribunaux.* Si donc, elles n'en sont pas justiciables, elles ne peuvent consentir à être jugées par eux; ou, si elles l'avoient fait, elles pourroient toujours décliner : nouvelle preuve de la vérité des principes que nous avons établis dans la note (1) de la page 311.

(2) *Usant de leurs droits.* C'est-à-dire, pouvant disposer de l'objet qui fait la matière du procès.

Page 319.

(1) *Ou qu'il ne soit muni de son pouvoir spécial.* Ainsi les agréés aux Tribunaux de Commerce ne sont point rangés dans la classe des officiers ministériels, à l'égard desquels la remise des pièces vaut pouvoir. Aussi ne peuvent-ils être suspendus ni interdits.

Page 320.

(1) *D'un jour,* franc, (C. P. 1033). Ainsi, l'assignation peut être donnée, par exemple, le 4 pour le 6 : mais, conformément audit art. 1033, il faut toujours ajouter un jour par trois myriamètres de distance.

(2) *De jour à jour*, c'est-à-dire, le 4 pour le 5. *D'heure à heure*, c'est-à-dire, le 4 à midi, pour le même jour, à deux heures.

(3) Et comme il ne faut pas d'ordonnance, ce sera alors au Tribunal saisi de la contestation, à juger si l'urgence étoit telle, que l'on dût assigner de cette manière. Dans le cas contraire, il renverra à se pourvoir dans les délais de la loi.



(4) Mais alors, il faut qu'elle soit donnée à la personne elle-même.

Page 321.

(1) C'est afin d'épargner les frais de transport d'huissier, pour les nouvelles significations à faire.

(2) Cela ne peut être autrement, puisqu'il n'y a pas d'instruction par écrit.

Page 322.

(1) *Ou à la Chambre du Conseil.* Et si la partie ne comparoît pas, le Tribunal peut tenir pour avérés les faits allégués par l'autre partie. Cassation, 15 février 1812, (SIREY, 1812; 1re P., p. 241).

Page 324.

(1) *Pour les enquêtes en matière sommaire.* Par conséquent, elle doit être faite à l'audience, sauf le cas de l'art. 412 : et le Tribunal ne peut commettre un de ses membres pour y procéder. Bordeaux, le 19 août 1811, (SIREY 1812; 2e P., p. 65).

Page 327.

(1) Il y a des personnes qui pensent que le Code de Procédure n'a pas dérogé aux anciennes Lois, d'après lesquelles l'exécution provisoire des jugemens de commerce avoit lieu *de plano*, et sans être ordonnée. Mais comme le texte de l'art. 439 du Code de Procédure, paroît contraire à cette opinion, je n'ai pas cru devoir l'adopter. Cependant la Cour de cassation a jugé, le

2 avril 1817, que l'exécution provisoire devoit avoir lieu de droit. (*Bulletin*, nº 27).

(2) *Nonobstant appel*. Le Tribunal pourroit-il ordonner l'exécution provisoire d'un jugement par défaut, nonobstant opposition ? Oui. Car l'art. 417 du Code de Procéd. le permet pour les Ordonnances du Président ; à plus forte raison pour les jugemens des Tribunaux ; d'ailleurs l'art. 159 l'autorise pour les Tribunaux civils, et cet article est appliqué aux Tribunaux de Commerce par l'art. 643 du Code de Commerce. *Sic* jugé à Douai, le 11 janvier 1815, (Sirey, 1814; 2e P., p. 157).

Page 329.

(1) J'ai cru devoir ajouter cette disposition, qui ne se trouve pas dans la loi du 15 germinal, parce qu'elle me paroît être le résultat de la combinaison des divers articles du Code de Commerce, qui assimilent entièrement à un marchand, le particulier qui fait un acte de commerce, pour tout ce qui est relatif à l'exécution de cet acte.

(2) *Contre tout marchand*. La loi du 15 germinal disoit, *de marchand à marchand*. Mais il résulte des principes que nous avons établis dans nos précédentes notes, qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait fait de commerce de la part des deux parties, pour donner lieu à la contrainte par corps. Il suffit que ce fait existe de la part du défendeur. Cela paroît résulter évidemment de l'art. 637 du Code, qui déclare sujets à la contrainte par corps les individus négocians, signataires de billets à ordre, sans distinguer quelle est la personne au profit de laquelle les billets sont souscrits. *Sic* jugé à Paris, le 10 mars 1814, (Sirey, 1816; 2e P., p. 128).

(3) *Signataire de billets*. Quand même ce seroit une femme, si toutefois elle est marchande publique.

En seroit-il de même pour argent prêté sans billet ? L'affirmative ne me paroît pas douteuse. Le billet n'est point l'obligation : il n'en est que la preuve : et la contrainte par corps n'a d'autre but que de forcer les négocians de remplir leurs obligations quelconques, pourvu qu'elles aient trait à leur commerce.

Nota. La Cour de Cassation a jugé, le 14 novembre 1809, que la contrainte par corps ne pouvoit pas être prononcée pour les dépens, même en matière de commerce.

(4) La loi du 15 germinal an 6, accordoit la contrainte par corps contre toutes personnes, pour l'exécution des promesses de fournir des lettres de change, ou de payer celles fournies, promesses désignées dans l'Ordonnance de 1673, sous le nom de *billets de change*. Je ne pense pas que cette disposition doive être maintenue. Le Code de Commerce ne reconnoît plus de billets de change. Voici comme s'exprime, à cet égard, l'orateur du Tribunat :

« Je ferai remarquer une omissiou assez importante « du projet de loi, et qui, par ses conséquences rai« sonnables, équivaut à une abrogation formelle. Il « s'agit des billets de change..... Le projet de loi n'en « fait aucune mention ; et son silence, qui n'indique « point la volonté de les exclure et de les proscrire, « n'aura d'autre effet, que de les ranger dans la classe « des promesses et billets ordinaires, dont la force et « les effets sont déterminés par la forme dans laquelle « ils sont rédigés. »

Il résulte bien évidemment de ce passage que les billets de change ne doivent plus être considérés actuellement que comme de simples billets, qui n'engendrent par eux-mêmes la contrainte par corps, que contre les signataires négocians. On doit donc leur appliquer les dispositions de l'alinéa précédent, et de l'art. 637 du Code.

(5) *Et les mineurs non commerçans.* Mais non les septuagénaires. Avis du Conseil d'État, du 16 brumaire an 12, et arrêt de la Cour de Cassation, des 3 février 1813, (SIREY, 1813; 1[re] p., p, 201.), et 15 juin suivant. (*Ibid.*, p. 373.)

Page 331.

(1) L'art. 780 du Code de Procédure dit, *qui a rendu le jugement.* Mais il est évident que cela s'applique au cas où le jugement a été rendu par un Tribunal Civil. Quand il a été rendu par un Tribunal de Commerce, comme il ne peut connoître de l'exécution, laquelle appartient au Tribunal Civil du domicile du débiteur, il est clair que c'est dans la commune où siége ce dernier Tribunal, que le créancier doit élire domicile.

Page 332.

(1) *En cas de difficulté :* c'est-à-dire, si le vérificateur refuse de donner le certificat, et que le créancier persiste à le demander. La difficulté peut provenir de ce que les pièces déposées par le créancier, ne paroissent pas suffisantes pour autoriser la contrainte; de ce qu'elles ne sont pas régulières; de ce qu'il existe des oppositions, etc.

(2) Quel est ce Tribunal? Celui de la Seine. (*Argument tiré de l'art.* 786 *du Code de Procédure.*)

Page 333.

(1) Cela s'étend même ordinairement aux jours de réjouissances publiques ordonnées par le Gouvernement.

(2) *Dans le lieu*, et non pas *dans l'enceinte*, comme le portoit la loi du 15 germinal. On a voulu seulement empêcher qu'on ne troublât l'autorité dans ses fonctions. Par conséquent, la prohibition ne doit exister, que pour le lieu même où l'autorité tient ses séances, et pendant le temps qu'elle les tient.

Page 335.

(1) Cette élection n'est pas nécessaire, lorsque cette commune est la même que celle où a été faite l'élection de domicile par le commandement. Elle ne l'est donc que pour le cas où la commune dans laquelle le débiteur sera détenu, n'est pas la même que celle du Tribunal qui a rendu le jugement, ou qui doit connoître de son exécution : par exemple, si le jugement a été rendu à Chartres, et que le débiteur soit arrêté à Orléans. Mais, dans ce cas, la seconde élection fait-elle cesser la première ? Je pense qu'oui. Il n'y a pas de raison d'obliger le créancier d'avoir deux domiciles d'élection, pour l'exécution du même acte. C'est bien assez de l'obliger à en élire un nouveau pour le cas prévu ; et le débiteur n'a pas d'intérêt à exiger que les deux subsistent en même temps.

L'art. 795 du Code de Procédure vient confirmer cette opinion, puisqu'il décide que la demande en nullité doit être formée au domicile élu par l'écrou, et qui est le même que celui élu dans le procès-verbal d'arrestation.

(2) Il paroît qu'à Paris les gardes du commerce n'ont pas besoin de se faire assister.

(3) Quelles qualités doivent avoir ces recors ? Ils doivent être Français, majeurs, non parens ni alliés des parties ou de l'huissier, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement, ni leurs domestiques. Ils

signent l'original et les copies du procès-verbal, dans lequel l'huissier doit énoncer leurs noms, professions et demeures. (*C. P. art.* 585.)

Page 336.

(1) *En état de référé :* sans ministère d'avoué, et sans la présence du créancier, qui est représenté par l'huissier ; et la nullité de l'arrestation peut et doit être prononcée par le juge du référé, si elle est fondée sur l'irrégularité des pièces requises pour l'arrestation. Paris, 17 décembre 1817. (SIREY 1818, 2e p., p. 227.)

Page 337.

(1) *Et d'écrouer le débiteur.* Il ne faut pas conclure de là que le geôlier soit le seul qui puisse rédiger l'acte d'écrou : il peut l'être également par l'huissier ou par le garde du commerce. Paris, 23 janvier 1808. (SIREY, 1814; 2° p., p. 215.)

(2) *Une somme suffisante par le créancier.* D'après l'art. 14 de la loi du 15 germinal, cette somme étoit de 20 fr. par mois. Mais, à cette époque, tous les mois étoient de 30 jours. Maintenant il faut consigner des alimens pour un mois, à raison de 15 s. 4 d. par jour. Cassation, 21 novembre 1820. (SIREY, 1821; 1re p., p. 23.)

Page 339.

(1) C'est-à-dire, que le débiteur ne peut être élargi qu'après avoir désintéressé, non-seulement celui qui l'a fait emprisonner, mais encore celui, ou ceux qui l'ont recommandé.

(2) Ainsi, il faut signification préalable, avec commandement, par huissier commis, élection de domicile, etc.; délai d'un jour au moins, et d'une année au plus, entre cette signification et la recommandation, etc.; itératif commandement.

Page 340.

(1) *Des alimens consignés*, depuis le jour de l'entrée du débiteur en prison, jusqu'au jour de sa sortie.

(2) *Et sans qu'il soit besoin de la faire ordonner.* C'est la seule circonstance dans laquelle le geôlier doive mettre le détenu en liberté, sans jugement préalable. Dans tous les autres cas, quelle que soit la cause de nullité alléguée par le débiteur, le geôlier n'en est pas juge, et doit attendre que l'emprisonnement ait été déclaré nul par jugement.

Mais que doit faire le geôlier de l'argent consigné? La loi ne l'autorise pas à déposer. Il doit donc le garder en qualité de dépositaire judiciaire. Et il ne peut le remettre que d'après un jugement, quand même le débiteur ne seroit détenu qu'à la requête d'un seul créancier. La raison est, que le débiteur, en consignant, est présumé seulement vouloir obtenir sa liberté, et non pas reconnoître pour cela la validité de la dette. On doit penser, au contraire, que, s'il eût eu cette intention, il eût payé directement le créancier, plutôt que de consigner.

Page 341.

(1) *Par le président du Tribunal*, du lieu de la détention.

(2) *Peut être demandée*, nonobstant tout acquiescement, qui ne peut avoir d'effet au préjudice de la liberté.

Page 342.

(1) *Sur des moyens du fond.* Par exemple, si le débiteur soutient que la dette n'existe pas, ou qu'elle a été acquittée, etc.

(2) Pourroit-on se pourvoir par requête civile contre les jugemens des Tribunaux de commerce? L'art. 480 du Code de procédure n'accordant cette voie que contre les arrêts et les jugemens des Tribunaux de première instance rendus en dernier ressort, paroît la refuser contre tous les autres. *Sic* jugé à Poitiers, le 19 janvier 1818. (SIREY, 1818; 2e. part., pag. 295.) Cependant le contraire a été jugé en cassation, le 24 août 1819. (SIREY, 1820; prem. part., pag. 46.) J'adopterois difficilement cette dernière opinion.

Page 343.

(1) *L'appel peut être interjeté le jour même du jugement.* Cette règle, d'après la manière générale dont elle est conçue, paroît s'appliquer aux jugemens par défaut, comme aux contradictoires. Cependant l'article 455 du Code de Procédure porte formellement que les appels des jugemens susceptibles d'opposition, ne sont point recevables pendant le délai de l'opposition; or, ce délai est de huitaine, pour les jugemens des Tribunaux de commerce. (*Procéd. 436.*)

Néanmoins, il seroit difficile d'excepter les jugemens par défaut de la règle contenue dans l'art. 645 du Code de commerce : la rédaction de l'article répugne absolument à cette exception; et le législateur s'est probablement déterminé par la considération de la célérité qui est en général l'âme des opérations commerciales. *Sic* jugé en cassation, le 24 juin 1816. (SIREY, 1816, prem. part., pag. 409.)

(2) *Ni surseoir à l'exécution des jugemens*, *etc*: dérogation à l'art. 459 du Code de procéd.

(3) Autrement, on prendroit toujours le moyen tiré d'une prétendue incompétence, pour attaquer les jugemens de commerce, et détruire par là l'effet salutaire de la prompte exécution, si nécessaire souvent dans les affaires commerciales.

Page 344.

(1) Les Conseils de Prud'hommes ont été organisés par une loi du 18 mars 1806, rapportée au Bulletin, sous le n° 1425, et par un décret du 11 juin 1709, rapporté au Bulletin sous le n° 4450, mais modifié depuis par un avis du Conseil d'État, approuvé le 20 février 1810, et rapporté au Bulletin sous le n° 5254.

Nota. Dans ce titre, les numéros en marge précédés d'une L, indiquent les articles de la Loi; et ceux précédés d'un D, indiquent les articles du Décret du 11 juin 1809.

Page 347.

(1) Il paroît, d'après l'article 3 du Décret, que le *minimum* est de cinq membres, et le *maximum* de quinze.

Page 351.

(1) *Voyez* la loi du 22 germinal an 11, art. 16, 17 et 18. (*Bulletin*, *n°* *2677*.)

Page 352.

(1) Ce dépôt est indépendant de celui qui a pu être

fait, en exécution de l'article 18 de la loi précitée, du 22 germinal an 11. Il a été jugé en cassation, le 28 mai 1822 (*Bulletin, n° 46.*), que le dépôt des marques au secrétariat du Conseil, n'est pas nécessaire pour constater la propriété, mais seulement pour rendre apte à intenter l'action en contrefaçon.

Page 356.

(1) *Relatives à la branche d'industrie qu'elles cultivent.* C'est d'après cette disposition qu'il a été jugé à Rouen, le 25 février 1811 (Sirey, 1811; 2e part., p. 233), qu'une contestation relative à des ouvrages de serrurerie faits à un atelier de filature, n'étoit pas de la compétence des Prud'hommes, ni même des Tribunaux de commerce.

Page 367.

(1) *Devant le Tribunal de première instance.* Mais si l'objet du procès excède 1,000 fr., peut-on appeler du jugement rendu par le Tribunal de commerce, ou de première instance? Je serois d'avis de l'affirmative. Ces Tribunaux, par leur nature et leur institution, n'étant pas compétens pour juger en dernier ressort au delà de 1,000 fr., on ne voit pas comment le fait que l'affaire a d'abord été portée à un Conseil de Prud'hommes, pourroit leur donner une capacité que la loi leur a refusée.

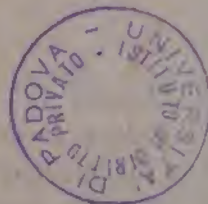
Page 368.

(1) Sont réputés préparatoires, dit l'article 452 du Code de Procédure, « les jugemens rendus pour l'ins-
« truction de la cause, et qui tendent à mettre le pro-
« cès en état de recevoir jugement définitif.

« Sont réputés interlocutoires, les jugemens rendus « lorsque le Tribunal ordonne, avant faire droit, une « preuve, une vérification, ou une instruction, qui « préjuge le fond. »

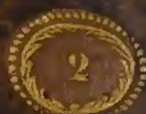
L'appel de ces derniers jugemens peut être interjeté avant le jugement définitif. (*Ibid.*, *art.* 451.)

FIN DES NOTES.





DELVINCOURT
DROIT
COMMERCIAL



(3) C'est-à-dire, pendant le combat, soit les armes à la main, soit en faisant la manœuvre.

Quid, à l'égard du dommage éprouvé par le navire dans le combat? ÉMÉRIGON, *ibid.*, sect. 41, §. 8, prétend qu

VALI

ainsi

nière

même

pour

pas q

le do

qu'un

(4)

relâch

lemen

port,

(5) A

ferts volo

les loyers

soient a

les frai

est c

traire

(*ibid.*

(6)

plus b

quelle

(7)

mage

a eu li



Page 168.

(1) La contribution n'a lieu, que parce que l'on pré-

char-

na-

voir

res

qui

vue

an-

on-

ber,

âti-

au-

ient

u à

oc-

em-

ne la

eures

les-

rge-

soit

se.

re a

dans

l'on

nis il

, *res*

perit domino, tout devient